

ספר

שאלות ותשובות

אמרי אש

חלק שני על אה״ע וחו״מ

אשר השאיר אחריו ברכה כבוד אדונינו ורבינו הרב הגאון הגדול מופת הדור עטרת תפארת ישראל מהורר מאיר בן הרבני המופלג מהו׳ יהודה המכונה ליב זצ״ל אשר בימי חורפו שמש בכתר הרבנות והרביץ תורה בק״ק בייאה, ואחר כך בק״ק יארמוט, ומשם נתקבל לאב״ד ור״מ פה ק״ק אונגוואר והגלילות, קבץ ורבץ ועשה פעלים לתורה והשיב לשואלו דבר הלכה ברורה, צדקתו תגן לדור דורים עד עמוד הכהן לאורים במהרה בימינו אמן.

הבאתי לבית הדפוס בחסדי ה׳ אשר גברו עלי אני בנו ותלמידו הק׳ מנחם בן אאמ״ו הגאון המחבר זצ״ל:

נדפס פק״ק אונגואר יע״א

בשנת רבינו מאיר אש זכרונו לברכה לחיי העולם הבא לפ״ג:

UNGHVAR
Gedruckt bei Carl Jäger. 1864.

מודעה רבה!

זאת לדעת כי בכל מקום שנזכר בספרן של צדיקים תיבת גוי נכרי עכו"ם, הכוונה על האומות הקדמונים אשר פועל ה' לא הביטו. אמנם האומות אשר אנחנו יושבים בצילם עלינו להתפלל בשלומם בשלום המלך והשרים ובשלום המדינה, כי בשלומם שלום לנו.



מכתב מהרב הגאון הגדול המפורסים מהו' חיים נ"י האבדק"ק צאנז יע"א ובא לידינו אחרי אשר נגמר חלק ראשון.

ב"ה יום ד' י"ג מנחם תרי"ב לפ"ק צאנז.

שלום וישע רב לידידי הרב הגאון הגדול החריף ובקי בש"ק פ"ה ע"ה כו' כק"ש מוה' **מנחם** נ"י האבדק"ק אונגוואר והגליל יע"א:

ני"ק הגיעני והנני למלאות שאלתו, ואם כי בנפשי ידעתי מה אני ליתן הסכמה על ספר מאדם הגדול בענקים, והלא שבחו מלא ארץ וצדקתו ויראתו יביעו כל, וגודל חכמתו ידוע בשערבת רבים מתשובותיו שנדפסו בחייו, וגם תלמידיו רבו גדולי הדור, ומה אנכי איש בער לא תואר והדר להעיד על אשר לא אבוא על תבונתו. אולם לאהבת כ"ת באתי בדברי אלה שיהיה במקום הסכמה שאסור לשום אדם להשיג גבול ולדפוס שנית תשובת הרב הגאון מהר"ם **א"ש** זצ"ל בלתי רשות יורשיו המדפיסים כעת עד כלות עשר שנים מיום דלמטה ומבקשי מאת יודעי ומכירי להיות בעזרת בני הרב הגאון בעהמ"ח ז"ל ולהיות בתומכי נפשם בכל מה שיצטרכו כי ידעתים שהמה זרע ברוכי ד' וכוונתם רק לזכות את הדור בספר הנכבד הלז ולכן מצוה גדולה להיות בתומכי נפשם ולקנות בכסף מלא. וגם ממני לא יבצר לקחת בל"נ בכסף מלא כאשר יושת עלי, והיה זה שלם מאת אהובו נאמנו דביש"ת.

הק' **חיים האלבערשטאם**

הקדמה.

אודה את ה' מאוד, ובתוך רבים אהללנו, על הטוב והחסד אשר עשה עמדי, להוציא לאור תעלומות חכמה תשובותיו של כבוד אאמ"ו הגאון מהו' **מאיר א"ש** זצ"ל על אה"ע וח"מ. והנה בשנה הראשונה אשר עזב אותנו ועלה לגנזי מרומים עלה על לבנו לעשות נחת רוח לנשמתו, ולהיות שפתותיו דובבות בקבר להוציא לאור תשובותיו. והעמים אחי הרב המאה"ג הצדיק מוהרר יהודה כו' עבודת הקודש על שכמו וטרח ויגיע לנסוע לק"ק לבוב יע"א, ולא עלתה בידו רק להדפיס על או"ח ויו"ד ותלי"ת נתקבלו דברי התורה הזאת בעיני חכמי דורנו, והנה רבים יראי ה' וחושבי תורה אמרו לנפשי, למה לא תוציאו לאורה גם שאר תשובותיו, והנה היה הדבר אללי נמנע מן המניעות, כי לכסף אין מוצא, ובפרט לנסוע למקומות אחרות לבתי הדפוס, והנה סבב בעל הסבות ית"ש כי נתחדש פה עירנו דפוס עברית ונתקיים במקום שיפול העץ שם יהוא (פירותיו) ואברך את ה' על כל תגמולוהי עלי כי זכני למצוה רבה כזו מצוה העומדת לדורות להבין ולהורות בדבר הקשה אשר יבוא לפני חכמי הדור ויהי להם מעיר לעזור למצוא דברי חפץ, ואם כעת כזאת אשר רבים אומרים עשות ספרים אין קץ ודי לנו בדברי ראשונים כדרכי הראשונים דרכינו ולא בפלפולים האלו אשר רוח ישאם אמנם לא מחכמה אומרים דברים כאלה רק להוריד כבוד התורה ולומדי, ורק להמשיך את לב ההמון ללימוד אשר בדו להם ובדברי רוח אשר יביעו ויפיחו להתעות עם ה' בהבליהם וכזביהם וכל מגמותם להפריע את עם ה' מתורתו הקדושה, יהיה ה' אלהינו עמנו, ויתן בלבנו לב טהור לעובדו באמת ובלב שלם וללמוד תורתו הקדושה כאשר הורו לנו אבותינו ורבותינו דרכי הלימוד ולפלפל ולשקל כמאמרם קב"ה חדי. בפלפולא. והנה כבר אמרתי בהקדמה לחלק ראשון, כי המעיין לא יהיה נבהל להשיב, כי אאמ"ו הגאון זצ"ל היה מתון להסיק שמעתא אליבא דהלכתא ולהשיב שואלו דבר ברור. זכותו וזכות תורתו יעמוד לנו ולכל ישראל:

דברי המעתיר הבא על החתום יום ד' כ' בשק אדר"ש תרכ"ד אונגוואר יע"א.

הק' **מנחם** בלאאמו"ה **מאיר א"ש** זללה"ה,
חונה פק"ק אונגוואר והגלילות.

ואפריון נמטי להיקרים אשר עזרו אותי להוציא מחשבתי אל הפועל, בסיוע ממון והן באסיפת החתומים, והראשון אשר התחיל במצוה הנגיד היקר כה' **שמשון ראטה** יצ"ו אשר טרח בקניית האותיות בקא"ר וויען ונתן לכסף מולא יברכהו ה', ויגדל את בניו לאריכות ימים ושנים.

ותשואת חן לאמ"ו הרבני המופלא הנגביר מהו' **יוסף יוחנן כהנא** חותן בני הרב המופלג השנון מהו' **דוד** נ"י, וחתני הרבני המופלג השנון מהו' יעקב גריכוואלד נ"י.

וה"ב המופלג המושלם הנגיד מוה' **ארי' וויינבערגער** בהמנוח הגביר המפורסים מ' **יוסף** ז"ל אשר היו בסעדי לתת לכסף מולא יברך ה' אותם וכל אשר להם.

ותודה אתן להיקרים הרב המופלג מוה' **יהושיע העשיל** הכהן נ"י, והרבני המופלג הקצין מו' אברהם יצחק מטערנלוין. והיקר והנכבד התורני מוה' אלישע סג"ל נ"י אשר טרחו באסיפת חתומים, יברך ה' אותם ותהי משכורתם שלימה.



מפתחות

סי'

א) כהן נשא אשה בחזקת שהיא אלמנה ונודע כי היא גרושה וברחה ממנו ולא נודע מקומה אי מותר לו לישא אשה אחרת.

ב) אודות מי שנשתטית אשתו ואין לאל יד הבעל להשלים לאשתו הכתובה והתוס' ורק מאה זהובים רוצה להשלים וקרוביו מחייבים לזון את האשה בעד הפירות מהמאה זהובים כל ימי חייה.

ג) איש נחשד כי ינאף אשת רעהו וגירש את אשתו וגם הנחשדת נתגרשה מבעלה והתרה הרב בהם שלא ישאו זא"ז ואחר שידר להם קידושין אם יכופו אותם בערכאות לגרש.

ד) איש א' נשא אשה על אשתו ובא מכתב ממקום אשתו הראשונה כי רצונה להתגרש ואין בנמצא שליח לשם ורוצה הוא בעצמו ליסע לשם ואשתו השניי' בהאי פחדא יתבא כי יעגן גם אותה אם כופין אותו לגרשה

ה) אשה בעודה הרה מת בעלה ואחר לידתה לקחו קרובי הבעל את כל אשר לה וגם הילד והבטיחו לגדל את הילד וא' בא לקחתה ואינו רוצה להמתין עד כד חדש.

ו) עלמה הרה אשר ילדה והמילדת לקחה הילד והניחה אותו ברחוב העיר ולוקח הילד לבית או"י ויתנצר ועתה תבקש להנשא בתוך כד חדש כי יש לחוש שתלא לת"ר.

ז) אשה הרתה לזנונים ונשאת לאחר והוא לא ידע אם יש להתיר להבעל לדור עמה אחר לידתה.

ח) אשה אלמנה מינקת גמלה את בנה ונחמת כי הרופאים אמרו כי סכנה היא אם תינקנו וגם מפני טובת היתומים אם יש היתר בזה.

ט) אלמנה מופקרת אם יש היתר להנשא תוך כד"ח.

י) אם יש איזה צד קולא אם גמלתו שתנשא לאחר שמונה עשר חדש.

יא) אשה אשר הניקה בניה ועתה פקדו עליה שלא תניק אם יש היתר בתוך זמן.

יב) אשה שהניחה בעלה מעוברת ובעת לדתה שמטה דד מפי התינוק וגם מציאה עדות מרופא כי סכנה לה להניק כי גם בחיי בעלה הוכרחה לגמול את וולדה האם יש היתר בתוך כ"ד חדש.

יג) בדברי הר"ן אה"ע סימן זיין דמה יועיל אפקיענהו להתיר שבויי' לכהן

יד) בענין איסור חיתון עם א"י.

טו) אודות איש אחד אשר מצאוהו בבור עמוק ובהעלותו מיד הכירוהו אנשים כי זהו איש פלוני בט"ע וגם כל מלבושיו והארבע כנפו' ולא היה נתפח כלל אם אשתו מותרת.

טז) אודות איש אחד נפל לנהר וראו אנשים כי נפל לנהר והמים במרוצתם שטפוהו ורק לא היה כשיעור וביום ג' נמצא מת אחד בגן אצל שפת הנהר ועד אחד הכיר אותו מיד בט"ע אמנם מלבושו לא היו עליו והעד הזה ידע כי איש פלוני נפל למים ועוד העיד אחד כי הכיר אותו מיד בט"ע כי פלוני הוא ולא ידע מקודם כי נפל לנהר.

יז) עד אחד העיד על איש פלוני כי קפץ לנהר דונאי ואח"כ נמצא אחד והוכר ע"י סימנים והחליט הגאון חת"ם ז"ל כי המה סימנים מובהקים ורק קודם שהותרה עפ"י ב"ד של ג' קלקלה האשה וילדה לזנונים אם יש להתירה.

יח) אחד שהחזיק את עצמו לנ"ל בשם יצחק בן אברהם ועזב את אשתו ונשמע כי מת ואמרה האשה להעדים שהעידו מתחילה עדות שאינו מספקת כי תתן להם שכרם אם יציאו לה עדות מספקת והעידו אח"כ כי איש מת בעי א' בתואר פניו וכל סימניו כמו בעל האשה רק שאינו גר רק שמו אייזק בע"נ האם יש להתיר האשה.

יט) אשה אחת עגונה י"א שנים ויש עדות נכרי מסיח לפי תומו על מיתת בעלה ויש ספק בשיחת הגוי אם הוא לפי תומו וגם אם הוא בעל האשה ומפלפל על דברי החת"ם ח"ר אה"ע סי' מ"ו.

סי'

כ) תשובת הגאון חת"ם ז"ל על ענין הנ"ל.

כא) איש אחד אשר יריכו היה שמוט ונסע לרופא ובדרך אשר נסע מת אחד אשר שתי ירכותיו היו שמוטים והכירוהו בט"ע כי זהו האיש אשר נסע לרופא לרפאות את יריכו.

כב) שנית בענין הנ"ל.

כג) איש אחד ראוהו נכרים כי נפל לנהר ושטפוהו זרם מים והגידו זאת במסלת ואחר עבור איזה ימים מצאו למת א' צף בנהר ומיד אשר העלוהו מן המים הכירוהו אנשים בט"ע וגם הכירו הבגדים ועוד הכיר אחד באנקנאטע אשר כתוב עליו איזה חשבון ואמר כי הוא נתן לאיש הזה וכתבו עליו החשבון שהיה לו עמו.

כד) איש אחד מת בדרך ולא נמצאו סימנים גמורים לא בגופו ולא בכליו רק אשה אחת אמרה כי נתנה מכתב לאיש פלוני בעל האשה העגונה ונמצא אצל האיש מכתב הלזה.

כה) בדין נאמנות הערכאות בעדות אשה.

בסי' הנ"ל. אם יש לסמוך בעדות אשה על אנשים אשר מרציתם אינם שומרים תורת ה' אם יש לסמוך על זה שלא במסלת.

כו) מבן המחבר בעד שהעיד על אחד שמת ואמר רק שמו ולא שם אביו ואמר ג"כ שם עירו שהוא מעיר פלוני סמוך לעיר פלוני וגם אמר העד כי הנפטר אמר קודם מותו כי הנכרים גנבוממנו מעותיו והחזירו להאשה המעות.

כז) תשובה מהגאון המחבר על ענין הנ"ל.

כח) עוד על ענין הנ"ל.

כט) אשה אשר בעלה היה חסר דעה ונמצא ביער אחד מת והובא למקום ישראל והיה עת ההוא זמן הקור והכירו את בגדיו וגם הכירוהו בט"ע וגם בסימנים בגופו.

לא) כתב בא ממרחק איש פלוני בן איש פנוני ממקום פלוני מת ואין מי שמכיר את הכתב.

לב) איש אחד הלך עם ב' א"י ולא חזר ונתפס אחד מהא"י והודה ע"י עינוי כי הרגו והשני הודה מעצמו ע"י שאלה והחזיר המעות אשר אמר כי גזלו מאתו והודו באיזה מקום קברוהו ונמצא והכרו הבגדים בט"ע.

ל) איש אחד אשר אמר כי יאבד עצמו לדעת ונמצא אח"כ איש אחד נטבע בנהר ויש איזה סימנים בגופו אם המה סימנים מובהקים.

לג) בסוגיא דסימנים.

לד) ביבמות דף קי"ח במתני' אחת אומרת מת ואחת אומרת נהרג.

לה) קדושין על תנאי שלא תפול לפני יבם.

לו) נער אחד קידש בתולה לפני עד אחד והבתולה אמרה קדשני בטבעת זו והחזיקה הבתולה הטבעת כמו שלשה ימים ואח"כ החזירה הטבעת ואמרה אח"כ לפני הב"ד כי לשחוק נתכוונה.

לז) נער אחד קדש בתולה אחת והיה במעמד ההוא עוד ב' נערים והנער היה לו טבעת על ידו ואמרה כי הוא ינסה להשים הטבעת על האצבעה ובעת אשר שם הטבעת על ידה אמר האמ"ל וקיים בדברי שחוק והיתול ויש ספק אם ראו העדים או לא אומנם הכל היה על דרך שחוק והיתול דברי הרב השואל בענין הלזה

לח) תשובת הגאון המחבר על ענין הנ"ל.

לט) עדים שאמרו לפני ב"ד שאינם יודעים בענין הקידושין מאומה וכשיצאו אמרו כי מפני מורא לא אמרו דבר והכל יודעים כי לא היה מפני מורא.

מ) שנית בענין הנ"ל.

מא) בדברי הרא"ש קדשין פ"ב דף מ"ו בנתקדשה לדעת אביה והלך למדינת הים.

מב) בדברי הרא"ש שפסק כשמואל בקדשה בתמרי ואין חולק בין דבר המתקיים או לא.

עוד) שם בדברי תוס' חולין דף י"א ע"ב ד"ה כגון דמוקמינן בחזקת צדקת'

שכן הסכימו האחרונים ולחלק ולומר כי התם דווקא שמתחלה חל עליו איסור דר"ג אף בזכתה ברצון לא פקע מה שא"כ בזה שהטעיתו הרשעה מתחילה והרי כתב המרדכי בפרק כ"ד מה' אישות דבלא הכיר בה אין כאן אישות גמורה ועיין ב"ח בסימן קע"ו מ"מ אין בידי ראיה להתיר שלא במאה חכמים וכמו שהעיד השבו"י בשם האחרונים ועיין שם שגם הוא אסר לישא אחרת והתיר לגרש בע"כ :

זיכוי גט אין ענין בכאן מלבד סברת הבו"ש שכתב לחלק בין כאסרת למומרת בסימן ל"ב אלא אף להיש אומרים דגם בנאסרת מזכין לה גט היינו בזינתה דכיון דחזינן דתקיף עלה יצרא דעבירה בהיותה עם בעלה ופת בסלה כש"כ עתה שהיא לבדה וליכא דמנטר לה וודאי תזנה והכות היא לה להתגרש אבל זו שלא נחשדה כלל על איסור אשת איש לא יעלה על הדעת שיהיה זכות לה בהרחיקה כדוד ואם היתה רוצה לקבל גט אזי היתה תובעת גט ממנו ואף כי אין זה ראיה כ"כ בזו שגנבה וברחה אבל כבר אמרתי כי אין לנו ראיה כלל שיהיה דעת אחד מן הפוסקים לזכות בזו לה גט כיון דמהמנירן עליה לבלתי תנשא עפ"י גט זה ועל זכות איכה חשודה כלל כאמור. והנה היכא דאסורה רק מדרבנן על הבעל היה קצת ראיה דלא וגוי זכות לה לדעת הרמב"ם בפרק ז' מהלכות תרומות דשכייה שם נשואה אוכלת בתרומה ואכ"ק בפ"ע דתרומות דתנן האשה שהיתה אוכלת בתרומה ובאו ואמרו לה מת בעלך או גרשך והביא הר"ש שם הירושלמי כמה גווכא לאשכוחי למשנה אחרונה דאין ארוסה אוכלת בתרומה ואם איתא כהי דהירושלמי לא בעי לאוקים לה במקום יבם או במקום קטנה משום דמספקי לו כתלמודן מ"מ לוקי דהיתה שבייה עליו והיתה אוכלת בתרומה וגרשה בעלה דזכות הוא לה כיון שאסורה עליו אע"כ דבאיסור דרבנן אין זכות ולפ"ז לדעת הר"ש די מודיכה והשבו"י החזיק אחריו בסימן ל"ג דבהכי זמן הזה כיון דאין להם כתב המתיחסים לא הוי חזקתן גמורה ולדידהו לכאורס איכס רק בחזקת כהנים לחומרא כיון דרוב איכשי ישראל כיכהו ולדידהו לא הוי זכות לה וכהי דחלילה לסמוך על זה לקולא אבל עכ"פ אין כאן ברור לומר זכות הוא לה מיהא ראיה זו יש לדחות דהתם כיון דידע וכשאה וודאי לאו זכות הוא לה להתגרש מכש"כ שאוכלת בתרומה ע"י ואם לא ידע וכשאה כראה דאין אוכלת בתרומה דאורייתא כיון דהוי כעין מקח טעות אף דוודאי לריכה גט מדרבנן עיין בתשובת מהרמ"פ סימן י"ע בסופה ומכ"ש לפמ"ש התה"ד דהירושלמי שהביאו התוספות בגיטין על מתני' דאומר תן גט זה לאשתי יחזור. הגט עלמך היתה אשתו של מוכה שחין ומשמע כי באשתו של מומר לא זכיה לה ותלמודן ביבמות חולק אם כן הירושלמי לשיטתו לא מלי לאוקמי הכי מיהו בר"ן ריש הזורק משמע קצת דלא ס"ל ההוא דתה"ד דאם לא כן לא היה לו ראי' גם כן מן הירושלמי לענין היתר להתגרש עיין שם. והנה היה עוד מקום אריכות בזה אבל כיון דלדעתי ברור שאין שייך כלל לזכות לה גט בזה אין להאריך. והנה מדברי הב"ש משמע להדיא שהמנהג בנאסרת שלא לזכות לה מדכתב בסימן ק"מ דהרמ"א דווקא במומרת שכבר נתפשט המנהג אלא שדבריו ל"ע קצת והח"ל בתשובה החמיר אף במומרת ועי"ש דפסק דאסורה להנשא עפ"י גט זה אם לא תקבלנה והחמיר עוד להצריכה גם להמתין ג' חדשים ובוודאי גם הוא ראה דברי הרמ"א שכתב ויש מחמירין בזה ולא דייק ליה כי רחוק הוא שיחלוק על הרמ"א ולא יזכירנו :

סימן ב

שלום וכל טוב לכבוד ידידי הרב המאוהב"ד חרוץ ושנון וריא לו כלבנון חכם וסופר אשכול הכופר כקש"ת מוהרר מאיר נ"י האב"ד דק"ק קראהלי יע"א :

נעימות ימינו אשר שלח ביד רבי יעקב בר"ש הגיענו ביומים שעברו. והנני לכתוב אליו אודות האיש הנ"ל אשר כתב מעכ"ת כי זה כמה שנים אשר נשתטית אשתו ר"ל וכבר ביקש רפאות תעלה לה והוליא כמעט כל אשר לו ויתר מנכסיו ואין מזור לה והנה הוא מבקש עתה להתיר לו לישא אחרת עליה וכבר פשטה ההוראה להתיר עפ"י מאה רבנים משלש מדינות ורק שישלים הבעל כתובתה ותוספת ויזון אותה משלו וגם למסור הגט ביד השליח כמבואר בדברי הפוסקים. ואולם האיש ר' יעקב הנ"ל אין בידו לעשות כן ואף שאין לה תוספת כתובה מ"מ גם העיקר כתובה אין בידו ליתן לה ואין בידו רק מאה זהובים שיין אבל קרובי האשה רולים לחייב עלמם לזון אותה בעד פירות מאה זהובים הנ"ל כל ימי חייה וכתב מעכ"ת כי' כי כל הלדדים שכתב הנ"ל בסימן ק"ז להתיר לישא אחרת ע"י שימכרו קרוביה להבעל כתובה בטובת הנאה ישנו גם כן בכדון זה ומעלתו מפקפק על דברי הנ"ל במ"ש שתזון האשה מפירות המעות שנתן הבעל בעד טובת הנאת כתובתה דכיון דמוכרת כתובתה אין להבעל פירות כמבואר באה"ע סימן פ"ה א"כ אמאי לא יתחייב הבעל לזונה משלו והפירות יהיו ג"כ שלה : הנה למ"ש המהרש"א בב"ק בדף פ"ע ע"א תוס' ד"ה פירא דפירא ה"ע דלא תקינו ליה רבנן דהא ל"ל פסידא דהרי איכה מוכרת רק ע"מ אם תתאלמן או תתגרש והרי אם יהיה כן יהיה לריך ליתן להאשה את הכתובה במכירתה ואין תחתיה להלוקח וזה שייך במוכרת לאחרים דהכתובה היה לריך ליתן בלא"ה אם תתאלמן והמעות שקבלה הרי היא משל אחרים ומה להבעל בהם ענין כלל אבל במוכרת לבעלה בטובת הנאה שגם אז איכה מוכרת רק מה שיהיה לה לגבות אם תתאלמן או תתגרש ובזה אין הפסד להבעל אבל אולי לא תתאלמן ולא תתגרש רק אם תמות בחייו ונמלא שנתן את המעות הללו בכדי ואע"ג דלעומת זה יוגרע מחיר הכתובה ושך המעות שהוא נותן מ"מ אין שייך לומר בזה שאין לו הפסד וכ"ש אם שלא ברצונה הוא קונה רק להתיר נפשו מכבלי העיגון כנידון של הנ"ל איכו מוכרח שיהיה הפירות שלה:

ולכאורה יש לעיין ג"כ על הא דפטר הגאון בעל ל"ל את הבעל ממזונות מהא דמבואר בסימן ל"ג דדעת הח"מ והב"ש דהמוכרת כתובתה יש לה מזונות לכ"ע ואולם הנ"ל כתב שם דהסך שיתן הבעל בעד כתובתה יהיו כ"כ שיהיו הפירות הסך ההוא מספיק לפרנסתה ולזה הקשה מעלתו כי' רק מהך דפ"ה דהפירות שלה. ואמנם יתכן דהנ"ל בשיטת רבו הב"ח אזרה שכתב דהטור ס"ל דהמוכרת כתובתה אין לה מזונות בחייו ואף שהב"ח כתב ג"כ דלהרמב"ם דווקא במוחלת אין לה מזונות אבל לא במוכרת מ"מ כיון דמוחלת אין לה מזונות אפילו איכו דידיה מכלל דחשיב למזונות ג"כ כמו תנאי כתובה וע"כ הא דמוכרת אין לה מזונות היינו משום דאמרינן זוזי אכסוה וכמ"ש הב"ש וכיון דעכ"פ במוחלת מחלה ג"כ מזונות יש להבאים מכח האשה רשות ג"כ למכור את הכתובה עם תנאי דהיינו מזונותיה אם רואין כי הוא לטובתה דע"י כן ירבה הבעל במחיר הכתובה וטובתה לתת מיד ותהי בטוחה על הכל וכמ"ש הנ"ל שם ולפ"ז אף את"ל דמוכרת כתובתה לבעלה ג"כ אין לו פירות היינו בסתמא אבל כאן לכך הוא מרבה במחיר הכתובה וטובת הנאה למען יפטור ממזונות והוא לטובת האשה ובאמת שאין הכרח כלל לומר במוכרת לבעלה שלריך ליתן לה מזונות וראיית הב"ש בסי' ל"ג ס"ק י"ח תמוה דעיקר הספק לכאורה היינו דווקא במוכרת לבעלה אבל במוכרת לאחרים וודאי יש לה מזונות וכמו שיש לה כב"ד ורק עיקר הספק במוכרת לבעלה וא"כ מאי ראיה מדלא אוקמי ברייתא בחייו דהרי הברייתא מיירי במוכרת לאחרים להדיא וע"כ מיירי ביתומים :

ובאמת נראה דלכ"ע אם נראה לב"ד שיש טובה להאשה במה שפוטרין אותו ממזונות כי בכך ירבה כסף מקנתו וכדומה יש רשות לב"ד לפטרו ואין בזה גמגום על דברי הנ"ל ואולם מ"ש כי יש לחוש שיטעון הבעל קים ליה כהרמב"ם דבנשטית הבעל פטור ממזונות בזה לכאורה דבריו תמוהים דאיך לא נחית לחלק בין אין יודעת לשמור את גיטה דאז הבעל

 חייב

חייב במזונות אף להרמב"ם כמו שהוכיח הח"מ וב"ש מדבר' הה"מ אלא שראיתי בתשובת מהר"א ששון סי' כ"ה דף ע"ט ע"ב שכתב דאף הראב"ד לא פליג על הרמב"ם רק לענין רפואתה אבל לענין מזונות מודה וכתב עוד שם דהיינו טעמא דהרמב"ם דתיכף שתקנו חז"ל שלא יגרשנה תקנו ג"כ שלא יזון אותה כו' לפי שאין כח בבן דעת לדור עם השוטים כו' ועוד שהיא איכה יכולה לשמשו ולהיות עושה וא"כ מן הדין הגמור היה שיגרשנה אלא שיחמירו עליו כדי שלא יכהגו בה מנהג הפקר וכיון שכן איך יעלה על הדעת שיתחייב במזונות מי שאינה משמשתו והיא שוטה עכ"ל. לפי משמעות לשונו נראה דכל שאינה משמשתו והיא שוטה לכ"ע פטור הבעל ממזונות אף שיש לומר שגם הוא דווקא בחוכם ומפני תק"ח קאמר. הלשון לא משמע כן והוא ז"ל בתוך דבריו כתב בפירוש במ"ש אליבא דהראב"ד שהיא כנגד דברי הרמ"ע שהשוה רפואה למזונות ובאמת שהדבר תמוה איך יפטור ממזונות אם א"א לגרשה והלא כשתחפה שדהו ומדברי מהר"ם משמע דסברת כיון דאינה ראויה לאישות אינו חייב לזונה וזה ל"ע כיון דנשתטפה שדהו כאמור. וכבר חשבתי על פי דברי מהר"ם דמה שכתב דיבמה שנפלה לפני מומר פטורה מהא דאיתא ס"פ הגוזל אלא מעתה שנפלה בלפני מוכה שחין תיפוק בלא חליצה ומשני התם אנן סהדי דניחא לה ומשום דר"ל וכתב מהר"ם דבמומר דאנן סהדי דלא ניחא ליה פטורה מן החליצה ועיין במל"מ בפ"ו מה' זכיה ומתנה ואנ"ש לייסב דברי מהר"ם והרא"ש דבקפידא גדולה אף שיש דעה אחרת אפי' הכי אמרינן דלא עביד רק על דעת עצמו יע"ש ולפ"ז בבעל שנשטית אשתו כיון דלענין קידושין לא כאמר דלא להוי קידושין משום דאדעתא דהכי לא קידש כי אין הספק לו בקידושין כלל אבל לענין שאר כסות ושאר חיובי הבעל שפיר י"ל דאדעתא דהכי לא התחייב ולהוי כמתנה על מנת שלא יהיה לך שאר וכסות אם איכך ראויה לאישות ולפטרך בגט אי אפשר. ויהיה בזה מדוייק לשון הרמב"ם בפרק י' מהלכות גירושין שכתב דלכך אין מחייבין אותו בשאר כסות ועונה שאין כח בבן דעת לדור עם השוטים בגוף זה כולל בכל שוטה אף אם אין יכולה לשמור את גיטה כן י"ל קלת על דרך מו"מ של הלכה ואולם לדינא בוודאי לא כסה ימוק ושומאל מדברי אבותינו האחרונים הח"מ והב"ש דכל שהיא איכה יכולה לשמור את גיטה דאין יכולה להתגרש מן התורה בעלה חייב בשאר כסות וכדמוכח מדברי הרב המגיד שם ומ"מ לדין שוטה שחידש הכ"ל דהב"ד וקרובי האשה יכולים למכור לסבעל כתובתה בטובת הנאה ולפוטרו מן המזונות אם יהיה בכסף מקנתו די מחייתה גם אם כחליט בזה שלא כדבריו או כאמר דגם הוא ז"ל לא אמר דהבעל יכול לומר קים לי כהרמב"ם רק בשוטה שיכולה לשמור גיטה מ"מ אפשר להקל מפני טעמים אחרים שכתב שם בתשובה:

ומעכ"ת כי' העיד שכל הכך חששות ישכן ג"כ בבעל הזה ואשתו וכ"ש שלפ"ד מעכ"ת כ"י כבר מרן הגאון בעל חת"ס הסכים להתיר להבעל לישא אשה אם יתן מאה זהובים שיין והקרובים יתחייבו עלמם לזונה כל ימי חייה. ומיהו כראה דכיון דבזידון זה אין במאה זהובים שיין להחיות כפשה בפירותיהן ודק כי הקרובים מדעת עלמם רולים לזון אותה תמורת מאה זהובים פירותיהן בזה וודאי אין הבעל כפטר מחיוב שאר וכסות דיש להבעל לחייב עלמו וליתן כתוב ותחום ביד ב"ד שאם יקרה שקרוביה יקונו אחור ולא יקיימו מה שהתחייבו עלמם אזי הוא יתן לה מזונות ומדור כדי לרכה ואז יש לסמוך על ל"ל ובפרט כי י"א דהאידנא לאחר אלף החמישי כשלם חרם דרגמ"ה ופשוט שלא יהיה דבר כגד חוקי המלכות ושרי המדינה יר"ה:

סימן ג

ע"ד אשר כותב גיסי הרב מאה"ג כי' אודות איש אחד אשר היתה הקריה הווה עליו כי יכאף את אשת רעהו וכן כתרעמה עליו אשתו לפני מעכ"ת כי' ועתה גירש את אשתו והדומה ההוא גם היא כתגרשה מבעלה והתירה בזה מעכ"ת לבלתי ישאו זא"ז כמשפט הכטען על האשה וילך לו אל ארץ ויינלא קורר ומורה רעה אשר קידר לו קידושין וככסה שלא כדת וכבר היה ד' בעזרו להפריסם ועתה יחקור מעכ"ת כי' אם הדין לכופו בערכאות לגרש אם מפני קלא דלא פסיק אשר היה עליו ולדעת הפוסקים ה"ה הרא"ש וסיעתו כפי מה שכתב הרמ"א מן הכטען מוליאין בקלא דלא פסיק בלבד אף בלא עידי כיעור ואם שעבר על ההתראה שהתרה בו לבלתי ישאכה:

והנה כבר כתב הב"ש כי בדינים אלו א"א לומר לילך לחומרא שלא יהיה גט מעושה ולריך לילך אחר רוב הפוסקים ולפי הכראה רובם ז"ל ס"ל דאין מוליאין גם מן הכטען רק בדאיכא תרוויהו ע"כ .וקלא דל"פ כאשר יראה הרואה בב"י וב"ש וכאשר גלוי לפניו ולדידהו לריך לומר אף בקלא דקמי כשולין מפקינן כדמוכח בסוף גיטין פ"ח עמוד א' וע"ב וכן ק"פ הזורק בילא קול איש פלוני כתב גט לאשתו מבואר דמשני מפקינן מ"מ בקול זכות הרי אמר רבא ילא לה שם מזכה בעיר אין חוששין מ"מ פרילותא בעלמא חזי לה ולזה אף על גב דוודאי לכתחלה הוא בכלל כטען על האשה אבל אין מוליאין אם כשאת ולהאוסרים לריך לחלק ולומר דדוקא לכהן הוא דאין חוששין אבל בכטען כיון דאלומי אלומי לקלא חוששין לו ביותר עד שאפי' ככם מוליא ולמאן דחייש התם לכהן אם כן כ"ש בכטען והוי מלי הכא לאתויי הכך תכאי דאייתי בגיטין ולומר דהכך מתני' כוותיה ואפשר דאה"כ וכ"מ ברשב"א בחידושיו ועכ"פ רבים הפוסקים דאין מוליאין מכטען בקלא לבד:

והנה דעת רי"ו הביאו הב"ש בסי' זה דבעידי קינוי וסתירה אע"ג דאסורה לבעלה מכל מקום אין כופין להוליא רק בעידי טומאה עיין בכתיב כ"ב ח"ב והב"ש תמה עליו מכיון לרי"ו דבר זה דמה שאמרו אין אשה כאסרת אלא בקינוי וסתירה וע"ה היינו בדאיכא עד טומאה אז אין משקין אותה ואולם דעת רי"ו לכאורה הוא ככראה מלשונו קלת מכח דיוק זה דקאמר אין האשה כאסרת אלא בקינוי וסתירה וע"א דלמאי לריך ע"א הרי ר"א אחר הכרבן הוי דא"א להשקותה ומו דקאמר התם ופ"פ כשכי עדים דמי והרי בפ"פ עכ"פ איכא ספק אחד ולא דמי לשכי עדי טומא' וא"כ יותר הוי לתלמודין לומר דפ"פ כקינוי וסתירה דמי דכאסרת והשקאה אין כאן בפ"פ ומזה הכריח רי"ו דאף ע"ג דבקינוי וסתירה אסורה לבעלה מ"מ כל שאין שם עד טומאה אין כופין להוליא ואולי הטעם כמ"ש המהרש"א ריש האשה רבה דלא שייך לומר אוקמי אחזקה רק כשיש ספק אבל היכא דליכא לאחר מעדיה כיון שהוא אומר ברי והיא גם היא תאמר ברי לי אין מוליאין (וכ"כ הפ"י בסוגיא דתרי ותרי כיכסו והביא שם דברי הרשב"א בקידושין אלא שהוא ז"ל לא כ"כ רק לדעת הר"ן בפירוש בריא לי אבל המהרש"א פשטית לשוכו משמע דאף לרש"י שפיר' בריא לי אין לבי כוקפי כו' אפ"ה מהכי אף לעוות חזקה דאל"כ לא היה משיג על התוספות שם דאזלי לשיטת רש"י וגם לא היה קשיה מדברי ר"י דלקמן) ואם מהכי בריא לאורעי חזקה שאין כופין להוליא דאי ג"כ בקינוי וסתירה דלא מחשב רק רגלים לדבר שכיון שהיא אומרת לא פעלתי און. א"כ הבעל אומר ברי לי אין לבי כוקפי ובעת בה לב בעלה כי לא שטתה טומאה תחתיו א"א לכוף להוליא והיינו דאמרינן ופ"פ כשכי עדים דמי שכופין להוליא דהא מיירי במכחשת או בשותקת כמבואר שם בפוסקים ולא שייך כאן לומר ברי לי וכופין להוליא:

ואולם הא וודאי דדעת שאר הפוסקים אינו כראה כן וכמ"ש הב"ש (ועיין חידושי הריטב"א בסוגיא זו כי משמע כרי"ו ואולי יש טעות הדפוסים שם ול"ל כמ"ש הרשב"א בלא עדים רק עפ"י בעל) אמנם כראה הטעם דכיון דבכסתרה אחר הקינוי אין מעם בבדי שלו שאין לבו כוקפו ועוד גזרת הכ' הוא ובטומאה א"כ הרי התורה עשאה כוודאי איסור ורלוי לכוף אותו כשאר כשים פסולות מה שאין כן היכא דליכא כאסרת על הבעל איך אוסרין אותה על הכטען אח"ל דבאוכם לא כאסרה לבועל ועיקר כמ"ש הב"ש דכיון דאילו ידעינן היתה אסורה לבעל

לבעל ולכך נהי דמספק לא תצא מבעל מכל מקום מן הנטען דהוי קלא דקמי נשואין ראוי להוציא בזה שייך לומר כיון דשניהם אומרים ברי הנטען והאשה אומרים לא פעלנו און א"א לכוף להוציא רק דהדין דתצא וכמו שהוא לדעת רי"ו בקינוי וסתירה ולפי"ז ניחא הא דלא מייתי ביבמות תנאי דגיטין ר"מ ור"ע דכיון דהתם מיירי בכיסת א"כ לכהן וכמ"ש התוספות דשפיר איכא לאוקמי בקלא דקמי נשואין ולכך אף למ"ד התם תצא אין ראיה דס"ל כאן בנטען דתצא ממנו דהתם אין כאן ברי מן הבעל רק מן האשה וכאן שניהם אומרים ברי לא פעלנו און ועכ"פ א"א לכוף לגרש מפני האיסור בעצמו וגם מטע"ת לא מפני כך רצה לכופו אלא מפני שהתרה בו דהוי כלכתחילה וכבר הריב"ש בסימן רמ"ב כתב דתליא בגירסת הירושלמי דלפי גירסת הרמב"ן בירושלמי קדש אין אומרים לו יכנוס אלא שלא יכנוס כנס אין מוציאין מידו דלפי גירסא זו גם אם עבר על ההתראה אינו מוציא וכ"כ הב"ש סוף סימן י"א ונראה מבואר מדברי הריב"ש דלגירסא זו אפילו התרה בו קודם שקידש אפ"ה אין כופין אותו להוציא ואני מסתפק עוד גם לגרסת הרשב"א דגרס אומרים לו שלא יכנוס מוציאים או כופים בשוטים. לפמ"ש התוספות ר"ש פרק המדיר בשם הירושלמי והוא ס"פ המגרש על הא דקאמר אין מעשין אלא לפסולות ופריך ממתניתין דהמדיר ומשני שמענו שמוציא שמענו שכופין ומן הירושלמי הזה למד ר"א דאין כופין רק היכא דשנינו בהדיא כופין וקיים הרא"ש ס"פ הבע"י ביבמות דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא אין לכוף בשוטים וכ"כ התוספות בכתובות שם בסוף דף ה' יוציא והא וודאי דאין זה שעבר על ההתראה בכלל מעשין לפסולות דהרי אם לא התרה בו לא היה מוציא ואם כן אף לגירסת הרשב"א א"א להוציא בשוטים וע"י ערכאות ואולי אפשר לחלק בין היכא דתנן יוציא דמשמע שיש חיוב עליו להוציא ואם עובר הוא רק עבריין ולא שיכפוהו ובין היכא דקתני מוציאין דמשמע שהב"ד מוציאין מידו בע"כ רק דקשה קצת מהך דס"פ המדיר דפריך לרב אמאי לא קתני במתניתין נשא אשה ושהה עמה י"ד שנים וקאמר בשלמא לר' אסי דרבנן קתני דאורייתא לא קתני והקשו שם הראשונים דאמאי לא תני שניות דרבנן. וכתב הרא"ש ס"פ המדיר דהכוונה דלא קתני רק זה שכופין לטובת אשה לא מה שכופין מפני איסור ושניות בכלל דאורייתא היא ולדידי' צריך לדחוק מאי פריך מנשא אשה ושהה עמה עשר שנים דהתם כופין מפני פריה ורביה וכמ"ש רש"י שם דהרי אע"ג דאמר דיירני בהדה לא שבקינן ומבואר דאין זה בכלל תירוץ הגמ' והרמב"ן והריטב"א כתבו דלא קתני כל הני שביאתן באיסור כגון שניות רק היכא שאין ביאתן באיסור אלא היכא דליכא איסור ואמרו רבנן יוציא משום ממון עיין בב"מ סוף פרק המדיר ולדבריהם יקשה אמאי לא קתני התרה שלא יכנוס וכנס אע"כ דאין כופין עכ"פ בשוטים אם לא שנאמר דהאי פשיטא הוא ודוחק. ולפמ"ש התוספות בריש פרק המדיר בסוף הדיבור דאע"ג דלהירושלמי אין כופין בשוטים כל היכא דלא קתני אלא יוציא מ"מ אולי הירושלמי ס"ל דיש כפייה בדברים אבל לתלמודין דאין כפייה בדברים כל היכא דקתני יוציא כופין בשוטים גם לפ"ז כיון דזה דמוציאין היכא דהתרו בו לא למדנו רק מגירסת הרשב"א בירושלמי ולהירושלמי אין כופין בשוטים שוב אין לנו לכפות בזה. והנה הטור לא הביא בסימן י' במוציא משום ש"ר או משום נדר דהדין דלא יחזיר לעולם דאם החזיר דלא יוצא וכבר העיר בזה הב"ח והח"מ וראיתי בספר אבני מלואים שכתב כי הטור אחרי שהביא בסימן קמ"א דעת הרא"ש דאם התרו בו ועבר על ההתראה יוציא והרי במוציא אשתו משום ש"ר או משום נדר אומרים לו הוי יודע שהמוציא משום ש"ר לא יחזור אם עבר והחזיר הרי עבר על ההתראה ומוציא וכתב עוד הרי"ף והרמב"ם שהביאו דלא תצא סוברים דאפילו עבר על ההתראה אין מוציאין אבל להטור א"א לומר דלא יוציא כיון דעבר על ההתראה וכתב דהס"ע אפשר שסובר כדעת התוספות דא"צ לומר בשעת הגט דווקא אבל לרש"י והרמב"ם צ"ל בשעת הגט דווקא לא משכחת לומר דלא תצא. והנה לדבריו גם הרמב"ם סובר דאף אם עבר על ההתראה אינו מוציא ולא עוד כיון דלדידיה צריך לומר דהסוגיא ביבמות קאי ללישנא בתרא וא"כ אף להטור אין הכרח דמוציא אם עבר על ההתראה דאיכא למימר כדעת הראב"ד

בש' הזכות דללישנא משום קלקולא אמרינן תצא דאם לא תצא אכתי איכא למיחש לקלקולא וע"ש ואף הראב"ד לא קאמר מפני ההתראה רק משום קלקולא וז"ל שם שכתב ומסתברא לאומרא מדאמר ר"א ברננא לא מפקינן הא אי לאו משום רננא מפקינן וללישנא בתרא דר"נ הוא דהוי רננא בעלמא אבל לל"ק משום תקנתא הוא מפקינן לה וכן המוציא אשתו משום איילונית אם כנס יוצא דחיישינן לקלקולא ואחרי שהגאון בעל אבני מלואים לא חש לקושית הח"מ במה שהקשה על הב"ח שהדחיק לומר דהסוגיא קאי לל"ק א"כ א"ל הטור סובר כהראב"ד ועל כ"פ לדבריו מוכח דגם הראב"ד סובר דאם כנס אף אחרי ההתראה לא יוציא רק במוציא אשתו משום שם רע או משום איילונית משום קלקולא הוציא הראב"ד אם כנס וכדאמרן :

הן אמת שלבי מהסס אם מקרי זה התראה מה שמודיעין אותו דהמוציא אשתו משום שם רע לא יחזור דא"כ בכל הני דאמרינן אם כנס לא יוציא ולכתחלה לא תנשא אם הוא יודע הדין כגון חכם שאסר אשה בנדר וגרשה בעלה דלא ישאנה ואם כנס אינה מוציא הא וודאי משמע אעפ"י שהוא חכם ויודע הדין אפ"ה אינו מוציא אף זה אין אומרים לו רק שידע כי כך הוא הדין אבל אין בדברים אלו הכרח לדחות דברי הגאון בעל אבני מלואים ולדבריו מצינו הרמב"ם והראב"ד סוברים כגירסת הרמב"ן בירושלמי דאף אחר ההתראה לא תצא:

וראיתי להרב המבי"ט ח"א סימן קפ"ז שכ' ג"כ דלגירסת הרמב"ן אין מוציאין אם עבר על ההתראה ודקדק גם לשון הרמב"ם שכתב סתם וכולן אם עברו ונשאו אין מוציאין דמשמע אעפ"י שעברו על ההתראה אפ"ה אין מוציאין והב"י בתשובותיו בדין מים שאין להם סוף חלק עליו וכתב דמ"ש המבי"ט דלפי גירסת הרמב"ן בירושלמי אין מוציאין אפילו לאחר ההתראה ושכ"כ הריב"ש כתב הב"י שלא מצא כן בדברי הריב"ש היא תמוה שכ"כ הריב"ש להדיא בסימן רמ"ב ומצאתי שגם הרא"ם בק"ע ובתשובה סימן מ"ב תמה על הב"י בזה ועכ"פ כיון דלדעת כמה גדולים לחוש לגירסת הרמב"ן בירושלמי דאפילו כנס אחרי ההתראה לא תצא מי ימלאנו לבו לכוף פן יהיה ח"ו גט מעושה שלא כדין. והנה בנידון השאלה של הרא"ם גזרו חכמי קוסטאנטינא בחרם שלא יכנוס ואפ"ה לא רצה מהרא"ם לומר דתצא מפני זה וראיתי גם הוא ז"ל כתב דלשיטת הסוברים דאין כופין בשוטים רק במקום שאמרו חז"ל אף לגירסת הרשב"א אין כופין בשוטים וכמ"ש למעלה ולא חלק בין יוציא ובין מוציאין כמו שרציתי לחלק למעלה. ואולם בזה דבריו ז"ל צ"ע דהרי הרא"ש גם הוא ז"ל כתב בפרק הבע"י דכיון דנחלקו רבוותא אין לכוף רק היכא דאמרו חז"ל כופין ואפ"ה כתב הטור באה"ע בשמו בסימן קמ"א דמפקינן מיניה ומשמע שם בשוטים ועיין שם ועלה בדעתי לעשות אל הנבל הזה ההרחקה שכתבו הפוסקים בסימן קכ"ד וראיתי שם במהרא"ם כי גם זה לא מלאו לבו לפסוק כן האמנם בנידון זה דבלא"ה יש כמה פוסקים דס"ל בקלא דל"פ תצא מהנטען וא"כ בצירוף זה שעבר על ההתראה היא ראוי לעשות כן רק כי קשה שיהיה הדבר עומד בזמנו כי יהיה חלילה ריב ומצה תמיד בעיר מ"מ אם אפשר לעשות כן ויסכימו מורי הוראה לזה אז אפשר לסמוך על כמה פוסקים לחקור על עדים כבר כתב מהרי"ק שאין בזה כבוד ד' והוא בחסדו יסיר לב האבן מבשרינו ויכלה קוצים מכרמו ויטעהו שורק בב"א :

סימן ד

שלום וכ"ט לכבוד י"נ הרבני המופלא ומופלג בתורה וביראה כקש"ת מוהרר מ נ ש ה ל י ב נ"י דיין בק"ק יארמוט יע"א:

מכתבו הגיעני ואודות האיש אשר בגד באשת נעוריו והניחה עגונה כמה שנים ועתה נשא אשה על אשתו הראשונה בעירכם ושוב בא מכתב ממקום אשתו לכופו ליתן גט לגרש אשתו הראשונה ורצונו לגרשה אבל לא נמצא שליח

ורוצה

ורוצה הוא ליסע שם ולגרש אבל אשתו שניה תפחד פן יניחנה ג"כ צרורה אלמנה חיה ודרש מעכ"ת אם יש לכופו בשוטים לגרש את השניה:

הנה מדברי האחרונים אשר בש"ע אה"ע רמ"א והח"מ והב"ש משמע בפשיטות דכופין אותו לגרש השניה אם הראשונה חפצה להיות עמו אבל ראיתי בנוב"י תניינא באה"ע סי' ל' שכתב בשם הכנה"ג דהרבה פוסקים ס"ל דרגמ"ה לא החרים רק שלא ישא ואם נשא לא תצא כאשר מצינו כיוצא בזה בדרבנן וכן דעת הב"י בתשובה וכנראה שם דעת המבי"ט ג"כ ונראה מדבריו של הנוב"י שיש לחוש לדעתם לבל יכופו אותו ושלא יהיה גט מעושה שלא כדין. ואולם לכאורה כיון דעכ"פ דעת רבותינו הרמ"א וסיעתו סוברים דכופין אותו לגרש כהי שיש לחוש לדעתו של החולק שם שלא לכופו על הגט מ"מ מחויבים הב"ד להפרישו מאשתו השנייה לחוש לדעת הרמ"א ומהרש"ל וממילא היא תובעת בדין גט ממנו אחרי שאין יכול לקיים כנגדה מצות עונה המוטלת עליו. והתוספות בריש זבחים על הא דאיתא התם דלכך גט שנכתב סתם פסול משום דסתם אשה לאו לגירושין קיימא כתבו דאפילו זינתה תחתיו מ"מ לאו להיגרש בגט זה קיימ' וגם אם ירצה הבעל לא יגרשנה רק שלא תשמשנה התם וודאי אינה יכולה לכופו לגרשה מפני עונה כי מעשיה גרמו לה לאסור על בעלה. מיהו גם בשאר פסולות דאיתא בסוף הנודר דמעשין ומבואר שם בהירושלמי דאפילו בשבויות מעשין וודאי דכופין על הגט וצ"ל דלא מהמנינן להו ולא סגי בהפרשה בלבד אלא שהתוספות בזבחים היה להם לעורר מכל פסולות דכופין על הגט ולא הוי מצי לתרוצי רק משום דלאו להתגרש בגט זה עומדת ולא תירוצם הכי ובוודאי בכל גט סתמא פסול ועיין בנוב"י תניינא באה"ע סימן י"ב מ"ש על דברי התוס' בזבחים. אבל בנידון זה שהראשונה רוצה בגירושין והוא גם הוא חפץ לגרשה רק שהוא צריך לילך לשם והשנייה יראה שתשאר עגונה לכאורה ה"ז תשובת הרא"ש אשר הובא בש"ע באה"ע סי' קנ"ד סעיף ה' באשה שבעלה רוצה לילך לארץ אחרת ופסק הרא"ש שם שישביעוהו שלא ילך או יכפוהו קודם שילך לגרש אותה לזמן ועכשיו אין אנו מגרשין על תנאי ולא לזמן ומ"מ צריכין להשביעהו כהי דאי אפשר להשביע אותו שלא ילך מ"מ הלא אפשר להשביעו שישוב ואם לא ישוב ישלח לה גט ולא יעגן אותה וכן להדירו מכל הנשים אם לא יגרש אותה וכההוא דתניא נודר ועובד יורד ומגרש דמהמנינן ליה שלא לעבור על נדרו. ולזה לדעת הסוברים שכבר כלה הזמן שקבע הרגמ"ה על איסור שתי נשים לכאורה וודאי דא"ל שהוא חשוד על החרם ועל השבועה מפני שנשא שתי נשים אלא אפילו לדעת מהרש"ל בתשובה סי' י"ד דהחרם לא כלה והיה מקום לומר כיון שראינו שעבר על החרם שוב לא מהימנינן ליה בשבועה (יעויין בי"ד סימן ב' סעיף ג' ובמ"ש הט"ז והש"ך שם וראיתי בתבואות שור שם שהביא הך דנושא נשים בעבירה דסמכינן על נדרו ואין פנאי להאריך בזה) ועכ"פ כאן אין להחזיקו בפסול לשבועה האחד מפני דקילא להו למקצת אנשים איסור זה דשתי נשים ומבואר בי"ד סי' ק"י דהחשוד על דבר שהוא קל בעיני הבריות אינו חשוד על דבר חמור בעיניהם. ועוד כיון דעל כ"פ דעת גדולים ורבים דהחרם של רגמ"ה כבר כלה א"כ אין לומר שהוא חשוד על השבועה דהוא ג"כ היה יכול לומר ראיתי שאינכאן חרם ואיסור כלל רק תקנה בלבד ולא נחשד על השבועה: וראיתי בצ"צ סימן ל"ח שנשאל על ריבה אחת שאחר נשואיה הלך בעלה עם אנשי חיל למלחמה להספיק להם מזון וצדה ושהה זמן רב משך חמשה שנים עד כי נסעה אחריו ותמצאהו ובקשה ממנו או ישאר אצלה או יגרשנה והבעל נבהל לתון לא רצה להשאר ולגרש ג"כ לא היה רוצה כי היה לו אשת נעורים ומחשש עיגון רוצה לעשות עפי' מורים מה שיועיל רק באופן שאם יחזור בתוך שנתים תשוב אליו והורה הנ"ל בהסכמת גדולים שיגרשנה לחלוטין רק קודם שיגרשנה יתקשרו זה עם זה בחרם ובשבועה ובבטחונות שאם יבוא בתוך שנתים ימים יחזרו וינשאו זה א"ז בחופה וקידושין. ואין להביא ראיה מכאן דדעת הנ"ל דאין לסמוך על שבועתו מדלא השביעוהו שיחזור לאחר שנתים אלא ע"כ דלא סמכינן אשבועתו מפני שכבר עיגן אותה חמש שנים דאיכא למימר דהאי גברא דהוי אץ להעשיר לא היה רוצה לשוב לסוף למספר שנים כי אולי לא יעשיר עוד ולא ימצא הון לו. ועוד כי לא היה בזה תקנה להאשה אם ימות שם במלחמה ולא יוודע מיתתו רק שיש לעיין מדוע לא כפאו אותו לגרש כמ"ש הרא"ש בתשובה הנ"ל ופסקוהו הטוש"ע ודוחק לומר שלא היה בידם לכופו. ומזה נראה דכל שאפשר לחזור שלא לכוף צריך לחזור וכיון דבאופן הזה שכתב הנ"ל גירש ברצון טוב אף על גב דהאשה הוצרכה להתעגן עוד שנתים מ"מ נוח לעשות כן ובפרט דהרא"ש כתב לגרש בגט לזמן ורק אם מחמירים לבלתי לגרש על תנאי ולזמן ע"כ אין לכוף כל עוד שאפשר בתקנה זו ומעתה בנידון זה אם האיש מוחזק בירא שמים שאפשר לסמוך על שבועתו אזי ישבע שילך בדרך ישר למקום האשה ויגרשנה ובשובו יביא עדות ברור שגירש את אשתו הראשונה. ואם לפי הנכתבים אין לסמוך על שבועתו אזי עכ"פ תעשו כדברי הנ"ל והסכמת הגדולים שם:

סימן ה

שאלה להגאון בעל חת"ס ז"ל:

אשה אשר בחיי בעלה ילדה והניקה. ועתה בעודה סרה הניח בעלה חיים לרבינו ולכל ישראל. וכאשר ילדה לקחו אחי הבעל ואמו את הולד שלא ברצונה וישלחו אותה ריקם לביתה וכאשר צעקה העלובה הבטיחום לגדל את הולד עד י"ג שנים. עתה נמצא איש אחד אשר יחפוץ לקחת את האומללה הזאת רק מפני חורבן ביתו אינו רוצה להמתין כ"ד חודש. ילמדנו רבינו אם מותרת להנשא בתוך הזמן:

והנה השואל פתח בזכות כאשר יראה רבינו תוכן דבריו דהרי הר"ש מתיר בגרושה משום דלא משתעבדא להניק. ע"כ אין הפירוש דמש"ה לא מעגני לה לתקנת הולד. דאטו לא יוכלו חז"ל לתקן משום פ"כ דהרי התירו לר"מ לשמש במוך אע"כ הפירוש דמשום דלאו משתעבדא לא יועיל אם נאסרנה להנשא דאפ"ה לא תניק למען לא תכחוש יפיה. ותוס' דחו דא"כ אלמנה נמי באמרה איני כזונית לא משתעבדא אע"כ משום דסתם נשים חסות על ילדיהן ואם כן אפילו גרושה נמי עכ"פ אם אין תקנה לוולד לכ"ע לא מעגנינן לה הכא מעתה בנידון זה שהולד ברשות זקנתה וממסמסא ליה ובפרט אם יתחייבו קרובי הולד לגדלו נגד כל אחד ואחד לכ"ע מותרת. ולענ"ד אין הפירוש בדברי הר"ש כדבריו דאם משום פ"כ יוכלו חכמים לתקן שלא תנשא אף דאינו משועבדת אם כן מדוע לא יוכלו לתקן ג"כ בקילור שתינקנו משום פ"כ כמו שתיקנו אם מכירה שצריכה להניק בשכר אף דלא משעבדא. רק כוונת הר"ש דכיון דלא משעבדא מדוע חכמים יתקנו לעגנה יותר מכל שאר בנות ישראל ודוקא באלמנה דמשעבדא תקנו שלא תנשא אבל אם אינה משועבדת אין טעם שיתקנו עליה יותר מעל אחרות ותוס' דחו דאם כן אף באלמנה נמי משכחת לה דלא משעבדא ואפילו הכי אסורה:

אולם כל זה לפי מאי דמשמע מדברי תוספות אמנם אם יכולתי לבחור הייתי אומר דאין הטעם של התוספות דמתיר בגרושה משום דלא משתעבדא לבד דא"כ יקשה לר' חייא דס"ל אין אשה אלא לבנים ופטורה להניק. ומשמע וודאי ה"ה לאלמנה דאינה חייבת ליורשים יותר מלבעלה האם יחלוק ר"ח אכולא תנאי ואמוראי דאסרו מינקת ולא ישתמיט ביבמות ובכתובות וסוטה דאיירי במינקת דליתני ור"ח מתיר וכה"ג דייקינן בפסחים דף י"ט וקצת משמע דר"ח מודה דאסור דאם לא כן בחולין דף ל"ז דאמרינן דאע"ג דבמת תוך למ"ד עבדינן תקנתא לכהן היינו משום דכיון דלא אפשר עבדינן כרבנן אבל במעוברת ומינקת כמאן ניעבד אי לר"מ יוציא ואי לרבנן יוציא

ואי ס"ד דלר"ח ליתא דינא דמינקת הכא דלא אפשר כעביד כר"ח ואולי אפשר לדחות דדוקא כרבנן עבדינן היכא דלא אפשר אבל כיחידאי לא עבדינן ולכאורה מוכרח כן דהרי מבואר בדברי הפוסקים דבכל כ"ד חודש לא עבדינן תקנתא לכהן ואף בחודש העיבור פלפלו והרי מכ"א חודש ואילך איכא כמה תנאי דמותרת לר"י כבר מי"ח חדשים ולרשב"ג לכל הפחות מכ"א חודש ואילך לכ"ע מותרת. וא"כ בכהן דלא אפשר כעביד כוותיה אע"כ דדוקא כרבנן עבדינן ולשון הגמרא לא משמע כן אף גוף הדבר תמוה לפענ"ד שיחלוק ר"ח על דין מינקת וכדלעיל אבל ראיתי מקשים על הר"ם דהרי ב"ש פטרו מלהניק ואפ"ה אמרו כ"ד חודש וא"ל דמיתשיל לענין אם פירש עד מתי מותר לחזור ולהניק כתב הגאון בעל הפלאה דא"כ הוי מקולי ב"ש וליתני בעדיות. ולפענ"ד איכא למימר דמיתשול לענין מגרש אשתו ע"מ שתיניק את בנו דלב"ש לריך שתיניקנו כ"ד חודש לרבא בפרק מי שאחז ואפילו רב אשי שם נראה דמודה אם אמר בפירוש על מנת שתיניקנו כל זמן הנקה דלריכה להניק אותו לב"ש כ"ד חודש ולב"ה די בי"ח חודש ובזה אשי שפיר הא דקאמר רשב"ג אני אכריע כו' דלא פליג אבית שמאי ובית הלל גם יקשה לאנשי יהודא ורב דפסק כוותיה דהבריאה ביד היורשים רלו זנין אותה רלו נותנין לה כתובתה וכתבו התוספות ר"פ א"כ דלדידהו לפי המסקנא אין מעשה ידי' ליורשין והב"ש בסימן ל"ה כתב דאף הרי"ף וכל הפוסקים לבד הרמ"ה מודים לדינא להתוספת ומעתה האם יחלקו על דינא דמינקת וראיתי שהרגיש בזה בהפלאה זצ"ל ותי' בחידושי פוסקים עפ"י דברי הריב"ש שכ' דאף דיוכלו לתקן דהרשות ביד היורשים לסלק להאלמנה מכל מקום בג"ח דהבחנה חייבים לזונה וא"כ לאנשי יהודא נמי דינא הכי ולפענ"ד דעת הרי"ף והרא"ש והמאור ומלחמת סוף פרק נערה שנתפתתה לא משמע כן שהב"י הביא שם ראיה לפסוק כאנשי גליל ולדחותם ובפרט במלחמות להרמב"ן ז"ל ואם בכ"ד חודש דהנקה ניזונת בע"כ דיורשין אף לאנשי יהודא יפלו איזה ראיות שם ועוד דיותר יש ליתן לה מזונות היכא דמותרת ליכנס ואינה נשאת מפני כבוד בעלה מהיכא דאסורה ליכנס דהרי אלמנה נזונת לאנשי גליל וזקוקה ליבם אפילו לקטן אינה נזונת וצ"ל דזה מקרי מחמתו והיכא דאגידא מחמתו עדיף טפי מהיכא דמותרת לינשא ואינה נשאת מפני כבוד הבעל עכ"פ נראה שאין דעת גדולי הראשונים הנ"ל כן לזאת נלפע"ד לומר דהר"ם ה"ק פ"כ אין כאן דהרי יש להולד אב דמשמעם ליה ורק אם היתה משועבדת עכ"פ היתה אסורה משום דלא תגרום לבעל שיעבודה כך היה מקום לבעל הדין לומר על זה הביא הר"ם ראיה דלא משתעבד ור"ת ס"ל דאף ע"ג דיש לו אב לוולד לא עדיפא מיורשים דג"כ חייבים למשמש את הוולד ואם כתיר בגרושה ה"ה באלמנה היכא דלא משעבדה ולפ"ז שתי הטעמים שהביאו הראשונים אליבא דהר"ם יהיו לאחדים בידינו אבל היכא שאין שם אב גם הר"ם עודה דאסורה וזה דלא כאמונת שואל שהביא הב"ש:

ובנידון זה שאין שם אב להוולד ואף ע"ג דאינה מחויבת להניק מ"מ אסורה לכ"ע ואם באנו להתירה משום דקרוביה ומשמשי' ליה מ"מ הא איכא למיחש דלמא הדרי בהו כמו במינקת ואע"ג דעתה פסק חלבה מ"מ קודם שפסק חלבה היתה אסורה ושוב אסורה לעולם ואע"ג שיתחייבו בחיוב גמור באופן דליכא למיחש דלמא הדרי בהו מכל מקום לענ"ד לא עדיף ממניקה שנשבעת על דעת הרבים שכתב הרא"ש וסיעתי' דאסורה ואף על גב דהתירו בלימוק שדים ולא ס"ל דלא פליג בתקנתא מ"מ בנשבעת אסורה. וכתב הרא"ש הטעם דאם כתיר בנשבעת דליכא למיחש דהדרי אתי לאחלופי ולהתיר אף בלא נשבעת דאיכא למיחש דהדרי ומבן מזה דס"ל להרא"ש דדוקא שאינה ראוי אטו ראוי כמו בהבחנה הוא דלא גזרינן אבל בראוי' עלמה גזרינן וא"כ כיון שאשה זו ראויה להניק נראה דגזרינן אף דליכא למיחש דלמא הדרי אטו היכא דאיכא למיחש ומכל שכן לשיטת הר"ן בכתובות וכ"מ במרדכי ריש החולץ דהיכא דליכא קלא לגמרי מדמינן מניקה והבחנה וכדעת רש"י והריב"ש ואם גרסינן בברייתא כמו שהיא לפנינו בכתובות וביבמות דהמפלת אחר מיתת בעלה גם כן אסורה בג"ח דהבחנה א"כ מוכח דאף דהיכא דאיכא קלא אסורה ודלא כר"כ שהרי הרב פסק בפ"ב מה"ש שכל המפלת יש לה קול ומוכרח כן לשיטת רש"י דאם לא כן ניחוש שמא הפילה ור"כ דהתיר לדבי' ר"ג אפשר דס"ל כמ"ד דאמרינן איסור בליגעה אפילה וזה הכלל אתי לאתויי עולת יולדת ובלא ידעינן דאית ליה אשה אבל לדידן דס"ל דכל המפלת יש לו קול מוכח דאף במקום דיש לו קול גזרינן ולכך לא הביא התם הא דריש גלותא. ומשמע עוד מדברי הר"ס דלא שמכינן על מה שיש שם להאכיל להולד רק בשיש שם להניקו שכ"כ ומניקה שמא יתעכר החלב ובעל זה אינו מקפיד לרפאות החלב כראה דמפרש דידי' ממסמס לי' דהיינו באם יתעכר ויתיבש החלב וממסמס ליה לחלב (שחלב לשון זכר בע"ז וסוף מכשירין) (ומסמוס מלשון וכמס כתמסמס המוח) ומ"ש מהך דתה"ד דלא מחמרינן בלא פליג כמו בגוף התקנה אינו ענין לכאן כלל דהתם בשיש לד להתיר רק בגוף האיסור מחמירים בלא פליג איכא למימר דמקילין כע"ל במשהו דקאי עלה התם אבל הכא א"א לא פליג איזה לד להתיר יש לנו וגם מטעם אחר של הריב"ש כיון דחל עליה תקנת חכמים בעודה מעוברת שוב לא פקע יש לאסרו אלא דבזה יש לעיין להרמב"ס ושמא דמפרשי טעמא דמעוברת משום דחסי. ולא אטריח עוד את אדמ"ו הגאון כי':

אכן בזאת אשר כמדומני היתה עיקר מגמתו של השואל לקיים פסקו של הב"ח דגרושה אם אינה רולה להניק מותרת בשאין הולד מכירה והע"ז משיג דאטו בדעתה תלי גזירת חכמים וכתב החכם דר"ת ל"ק אלא דאסור לכל העולם להשתדל להשיאנה ובה דקדק ר"ת מדקתני סתמא לא ישא אדם מעוברת חבירו אבל כשהיא אינה חוששת לתקנת הוולד מותרת להנשא. ובעיני הם דברים זרים דא"כ אם כבר נשאת אמאי יוליא לכל הפחות לרבנן הרי חזינן שאינה חוששת לתקנת הולד והרי לרבנן ל"ל קנסא כלל כמו שכתב הרב מר"ב הביאו הש"ג ר"פ החולץ. ועוד דקדוק של ר"ת ומדקתני סתמא יש לדייק גם במתניתין דסוטה והתם לא קתני דווקא על הבעל רק סתמא קתני מעוברת חבירו והא דקתני שנית בעלה בברייתא דכתובות אפשר דרבותא לר"י קתני דאפילו באלמנה מתיר ר"י לאחר י"ח חדש וכה"ג כתבו התוספת בהחולץ לתרץ הא דקתני לא תנשא ויותר אין לי להטריח את רבינו הגאון כי' ותפלתי יום יום לשהי שנים יוסף לו אורך ימים ושנות חיים: ה"ק מאיר א"ש:

סימן ו

שלום וכל טוב לכבוד ידיד עליון הרב המאה"ג המפורסים ונודע בשערים. סיני ועוקר הרים. אמרותיו טהורות לרופות וברורות עינים מאירות כקש"ת מוהר"ר איליק כי' האב"ד ק"ק מאאר יע"א:

מכתבו היקר הגיעני אשר בו חקר ודרש כת"ר כי' אודות עלמה הרה אשר הסתירה הריונה עד בוא עת לידתה ותלד ותתן למילדת א"י את הילד אשר המליטה להניחו ברחובות קריה שם ותשם אלל הילד מכתב יום לידתה למען דעת יום השמיני וגם ספר תפלות והמילדת הניחה ברחוב את הילד וימלא ולוקח לבית א"י ומשם לבית תפלתם ויתנכר ובהשמע הדבר בין בני עמנו טרחו להביא את הילד לחיק אמו ולא יכולו והנה הזונה תבקש להנשא בתוך כ"ד חודש ולפ"ד קרובים יש לחוש לה שתלא לת"ר אם לא יתירו כי נכמרו רחמי' על הילד ופלפל מעלתו נ"י בחכמה בזה:

הנה כבר ראו עיניו סברת האוסרים מהרי"ו ז"ל וגם האחרונים המתירים ועתה ידיד ד' מה מני יהלוך מה ימריכהו דברי אם אסייע דבריהם לא יתחזקו יען אינם לריכים לחיזוק. ואם אערער עליהם לא יתרפו ויוכל התורה אשר לבנו

נוטה להקל לסמוך עליהם בכל זה. ואנכי הכיא את לבבי בעל תפארת למשה העתיקה קלת מהר"ש לכדה בנו"בי תניכא יבידי גוף הספר והפליג לומר דאפילו כל בני משפחתה לא הכיקו וגם היא לא התחילה להכיק גם היה חשש מופקרת לזנות ולא רלו הגאונים מוהר"ר העשיל ומהר"ר יונה זל"ל להקל ומ"מ מי שדעתו יפה יראה לפי הענין להורות וד' עמו לא יאונה כל רע להולך בתומו ולבלתי השיב פניו ריקם אכתוב מה שיש אתי קלת לדבר בזה:

מעב"ת כי' הביא דברי הנו"בי קמא שהשיג על מהרי"ו שכתב להחמיר בזונה משום דאין לומר זנות לא שכיח דה"ד בעדים והתראה אבל בלא"ה שכיח והנוב"י השיג דאע"ג דזנות בלא עדים והתראה שכיח מ"מ שתתעבר לא שכיח משום דאשה מזנה מתהפכת ואפי' להפוסקים כר' יהודה דחיים איזור לא נתהפכה יפה משום הכי לריכה להמתין ג' חדשים אבל לענין איסור מעוברת ומינקת שהטעם משום שמא תתעבר ולא יהיב לה בעל למסמס בביעי בזנות דלא שכיח שתתעבר רק אם לא נתהפכה יפה אע"ג דאיכא למיחש שמא תתעבר משום דרוב נשים מתעברות מ"מ דלמא לא יהיב לה בעל לא הוי רק גזירה ואיכא למימר דלא גזרו את"ד נוב"י והנה זה שסיים דלמא לא יהיב לה בעל הוי גזירה הוא סברא חלוכיות מבלי ראיה ויותר דעתי העני' נוטה דזה לא מקרי גזירה דלמה יתן לה הבעל לפרנס בני אחר שאינו מוטל עליו כלל ולא אמרינן רק לענין דחסא שיחוס על הוולד אחר ג"כ לבלתי יזיק אותו לא שיפרנס אותו יותר משאר ילדים שאין חוב עליו· ואולם הנוב"י לא היה לריך לזה לפ"ד להפוסקים בהבחנה כר' יהודה דלריכה להמתין אבל להפוסקים כר' יוסי נראה מדבריו דוודאי מותרת גם כן במעוברת ומיניקה:

הנה במהר"י שם בסימן ע"ג כתב השואל שיש בידו תשובת מהר"ש ומהרי"ל האוסרים ותשובת מהר"ס איננה בידי אבל תשובת מהרי"ל אמורה עם הספר בתשובת מהרי"ל סי' ק"י והעתיק תורף דבריו ז"ל. וזה ענינו שכתב נראה לר"ת אין חילוק כיון דמדמי ליה לטעמא דגרושה (נראה שצ"ל לטעמא דדחסא) ומש"ה כתב הרמב"ם וסמ"ג טעמא דדחסא. ומ"ש מר דאב או ב"ד יכופו בגרושה מה שאין כן זאת מי יכופנה לא כי דוודאי ב"ד או קהל יכופנה. ובהדיא כתב הרא"ש דחכמים עשו תקנה משום דרוב נשים חסות על ילדיהן ומזנות ה"ה והוא התשובה ואפשר דהר"ר שמשון לא שרי אלא בגרושה דבעל וקרובים שכיח וב"ד כופין אותו לפרנס עד שם. והא דמפלגינן פד"ת בין זנות לנשואין הייכו לענין הבחנה דלא שייך ונכח טעמא דמפרש התם בזנות דלא שכיח לא גזור או דלא אילטריך בזנות אבל לענין מעוברת שייך כמו כן בזנות כדלעיל עכ"ל העתקתי רוב דבריו ז"ל אולי אין ספרו בידיו ולא ראיתי כעת באחרונים שהעתיקוהו ולמדנו מדבריו שאף הוא ז"ל סובר דאיכא למימר דגם להר"ם אסורה וכ"ש לר"ת והתעורר ג"כ על סברא זו דזנות לא שכיח ומותרת לר' יוסי לענין הבחנה ואפ"ה כתב לאסור בזה ונראה כוונתו דדוקא לענין הבחנה דאסורה משום גזירה כמבואר בתלמודן איכא למימר דכל שאינו שכיח לא גזור אבל במעוברת ומניקה דאיסורא משום שמא תתעבר ליכא דמפרנס להוולד לאו גזירה מקרי אלא תקנה היא וכל היכא דשייכא נהגה אפילו בזנות דלא שכיח דמעברא מ"מ השתא מיהא דמעברא אין להתירה משום דאיכא תקנה לוולד וכיולא בזה כתב מהרא"י בכתבים סימן רס"ז דאף ע"ג דלענין תנאים מהכי ואמרינן במלתא דלא שכיח לא אסיק אדעתיה מ"מ לענין תקנת ר"ת לא מהכי מלתא דלא שכיח אלא שכתב וז"ל כיון דתיקנו רבנן בחד אונס ה"ה בכולהו אי שייך בהו חד טעמא עכ"ל משמע לכאורה דדוקא אי תקינו רבנן בחד אונס אלא שהראיה שהביא לדבריו משמע קלת דבכל גווני קאמר דהא התם מיירי באונס דלא שכיח כלל והיה אפשר לומר דלא תקינו רבנן אלא באונס דשכיח קלת ולא בדלא שכיח כלל:

וראיתי בח"ל סימן ס"א שכתב בתוך התשובה להשיג על מהרא"י והביא לסתור דבריו מהא דאמרינן לר"י דאמר ד"ת מעות קונות ומ"ע אמרו משיכה קונה שמא יאמרו לו נשרפה חיטיך בעלייה ואפ"ה היכא דהוי מלתא דלא שכיח כדמי פרה ומכור באלו קנה הרי דלא תקנו בלא שכיח וכן בסוף פ"ק דשבועות אמרינן דבאבודין דלא שכיח לא אמרינן לב ב"ד מתכי עליהן יע"ש. ולפענ"ד מהך דאבודין אין ענין כלל להך דמהרא"י דהתם לאו תקנה היא שעשאו חכמים לדורות אלא דב"ד שבכל דור ודור מתכי על קרבנות לבור ואמרינן דלא יתנו לב לחשוב ולהתנות על מלתא דלא שכיח והרי בפרה שדמי' יקרים אמרינן דלב ב"ד מתנה ואין זה ענין למה שתקנו חז"ל משום טעם מה דא"ל דכל היכא שייך הטעם תקנו כן. וגם מהך דמעות קונות לפענ"ד אין ראיה לסתור דברי מהרא"י דוודאי התם דהוא רק גזירה שמא יפול דליקה ויהיה המוכר אדם שאינו הגון (וכמ"ש התוספת שם בב"מ) ויניח ולא יציל תקנו כן ובזה במלתא דלא שכיח לא גזרו אבל אם תקנו חכמים דבר משום שראו כי נכון לעשות כן בכל ענין תקנו אף במלתא דלא שכיח כל היכא ששייך טעם ההוא:

ויש ללמוד זה מרים גיטין דפריך לרבה מהמוציא גט וא"י לומר בפ"כ דיתקיים בחותמיו ומשני לאחר שלמדו ופריך א"ה יכול נמי ומשני שמא יחזור דבר לקלקולו א"ה איכו יכול נמי ומשני פקח ונתחרש מלתא דלא שכיח ולא גזרו בהו רבנן ומכל פרכא ושינויו דשם מבואר דאע"ג דע"א דשליח כאמן לומר בפני נחתם תקנתא דרבנן דהא ספרא דדייכא מגמר גמירי ורק דחששו דלמא אתי בעל ומערער ואפ"ה קודם שלמדו ואפילו בפקח ולא הספיק לומר לה בפ"כ עד שנתחרש דמלתא דלא שכיח גמור הוא אפ"ה לא מהני קיום בחותמיו והיינו כיון דאיכא לחששא דלמא אתי בעל ומערער לא מהני להקל ומשום דלא שכיח ורק באחר שלמדו דהוי רק משום גזירה אהא לא גזרו במלתא דלא שכיח ואפילו בכה"ג חלקו שם היכא דאיכא למימר שלא תחלק ולזה בתקנת ר"ת דאיכא משום עגמת נפש אף ע"ג דלא שכיח איכא למימר דתקנו כיון דאיכא עכ"פ עגמת נפש אבל מה שבטלו קנין כסף הוא גזירה שגזרו אולי יקרה מקרה שיפול דליקה והמוכר יהיה אדם שאינו הגון ויניח להציל ממון חבירו שיש בו וודאי מלות השבה ולכך הפקיעו קנין כסף בזה שפיר איכא למימר דבמלתא דלא שכיח לא גזרו. מעתה בזונה אע"ג דלא שכיח עכ"פ עתה שהיא מעוברת או מינקת ויש לחוש שאם תנשא תתעבר ולא יהיה תקנה לולד כי בעלה לא יזון בן אחר כל כה"ג לאו גזירה מיקרי רק תקנה דכל היכא דשייכי יש לחוש לה זה דעתו של מהרי"ל. ונראה שכן הוא לדעת מהרא"י שעל גדולים האלה סמכו רבותינו האחרונים ברוב דבריהם ז"ל ומהר"י מינן לא ראה דבריהם מדלא הביא אותם אבל הרי לפנינו מהרי"ל ומהרי"ו ולדעתי אף למהרא"י אסורה:

ועל הראיה דבמזנה אין איסור מדדחיק למלוא טעם להבחנה ולא קאמרי משום דלמא מעברא ואסורה אלא ע"כ דבזנות לא שייך איסור מעוברת ומניקה וכן כתוב ראיה זו בתשובת זכרון יוסף והביא עוד פוסק המיקל מכח ראי' זו לפי הנ"ל היה אפשר לדחות משום דס"ל דלמאן דאסור בזנות בהבחנה אין חילוק אפילו בעקרה וזקנה שזיכתה לריכה להמתין לדידן דקי"ל כר"מ בגזירותיו ואם היה החשש משום מעוברת ומניקה בזה לא הוי להו למגזר ויש לפקפק בזה. ואולם הדבר תימא בעיני שנכריח דין מכח קושיא שעמדו עליה הרמב"ן והרשב"א והריטב"א בחרו בתירוץ אחד דמפני טעם מעוברת ומניקה לא היה לנו לחוש מספק והריטב"א הוסיף שלא היה לנו לאסור בארוסה וכו' ואכן ניקום ונאמר כי תירולם דחוק ונחדש קולא מכח קושיא זו ובכ"מ אנו מביכים תורה מפיהם ז"ל ואיפכא היה ראוי לומר מדלא תירלו כן מכלל דסבירא להו דאין חילוק בין זונה לשאר נשים אלא דמעב"ת כי' יכול לומר משום דס"ל כר' יוסי לא תירלו הכי והיינו אם לר' יוסי וודאי מותר מזנה כפי הנראה מתוך דברי הנוב"י אבל לפי מה שראינו

בדברי מהרי"ל לא כן הוא כדלעיל וגם מה שהביא בשם כוב"י ובית מאיר דאילטריך טעמא דגמרא בהבחנה משום גר וגיורת דליכא למימר משום מעוברת ומניקה לפענ"ד נכון הוא ומה שדחה מעכ"ת כי' שסתם גיורת זונה דלכך אסורה לכהן ואם היה מזנה אסורה גם גיורת צריכה להמתין דלא יהיב לה בעל הא ליתא דאע"ג דזונה היא וחיישינן שמא בא עליה אסור מ"מ זרעה בתר בעלה שדינן לה אי משום לחד מ"ד בסנהדרין כשיי' לא מפקרי ואי משום דרוב בעילות אחר בעל וכ"ש בגיורת דדעתה לאגיורי דאף את"ל דלא מנטרי מבעלי (יעויין בתוספות יבמות דף ל"ה ע"א ד"ה חוץ) מ"מ מאחריני מנטרי כפשה ואפילו בסתם נכרית תלינן זרעה בבעלה דאם לא כן איך אמר ר"י ביבמות דף ס"ב ע"א היו לו בנים בגיותו קיים פ"ו ואין לו בכור לנחלה והכא בקידושין דנכרי יורש את אביו ד"ת וכי נוקי כל הני בחבושים בבית האסורים וגם שם אין אפערופס לעריות והנה היה מקום לומר דלכך לא רצו לומר בתלמודן טעם הבחנה משום מעוברת ומניקה דהא בברייתא דתניא בכתובות דף ס' דכתנה למניקה או גמלתו מותרת להנשא מיד א"כ א"א לאסור בתוך שלשה חדשים משום מעוברת ומניקה דהא להך ברייתא אין איסורא ברור אחרי כי יש בידה לשמוע דד ומפי התינוק ולגמול אותו בהוולדו או ליתן למניקת ואף ע"ג דלא קי"ל כהך ברייתא מ"מ להך תנא צריך טעם להבחנה ויהיה מזה ראיה ג"כ לטעם דיחסא דלא מדחי וכמ"ש הגמרא כיון דכל שהיא יכולה לגמלה או ליתן למניקת אין לאסור עליה להנשא בתוך שלשה חדשים כדאמרן א"כ מ"ט דמעוברת דאסורה הא לאו למניקה קיימא בבירור אע"כ דלהך ברייתא איכא טעמא אחריגא ורא׳יתי בדברי מעכ"ת כי' שכתב בתוך דבריו דחסא באחריני הוי פסיק רישא בדרבנן ולא ידעתי כוונתו בזה אם כוונתו משום דישראל אינו מצווה על העוברין מ"מ וודאי איסור תורה יש בו כדמוכח מדברי תוספות בחולין דף ל"ג ע"א ד"ה אחד נכרי שכתבו דאף על גב דאינו נהרג מ"מ לא שרי וודאי מדאורייתא קאמרי דאם לא כן אכתי קשי' מי איכא מידי והתוספת בסנהדרין לא הקשו רק מדמחתכין העובר במקשה לילד (ופשוט דאף על גב דאיכא איסורא דאורייתא מ"מ מותר מפני הצלת נפש כיון דמיעט רחמנא מקטלא) ותירצו דהתם איכא מצוה ולא שייך מי איכא מידי ומ"מ ברור דאיכא איסור דאורייתא דהתורה לא מיעט רק מקטלא אבל מ"מ לענין איסור וודאי דאסור והחו"י בתשובה סי' ל"א דף ל"ו ול"ז נתחבט בזה לפענ"ד אנס דוודאי כיון דלב"נ היה אסור מן התורה ונהרג עליו ורחמנא מיעטה בישראל ממיתה כדאיתא בריש פרק הנחנקין לענין אסורא כדקיימא קיימא ומ"מ גם מהשחתת זרע איכא למילף וכמו שלידד הרב חו"י שם ועכ"פ איכא איסור תורה ברור :

והנה אם היה הדת ההוא שהזכיר מעלת כת"ר כי' שאין הישראל רשאי לאסוף אסופי מן השוק ידוע לכל הוי אפשר לומר דכהי דשכיח דזונות משליכות בימי התלמוד כדמוכח בקידושין דף ע"ג דאמרינן דכיון דאיכא פנויי' ואיכא נמי נחמת רעבון יע"ש מ"מ זה היה בימיהם שהיו עיירות של ישראל רובם והיו משליכות והוסבת שוודאי ימלאהו ישראל אבל לפי הדת אשר נתן שאין ישראל רשאים לאספו היה מקום לומר כמו דלא חיישינן במת שמא תמיתנו ה"כ לא חיישינן שמא תשליכנו ויהי עדי אובד והיה מקום להקל אם א"א כלל להחזיר אבל מי יוכל לסמוך על זה ובפרט כי אין הדת ההוא מפורסים ונודע וגם מה שבזמנו הקרובים רחוק מכליותי וכל זונה תאמר כן ומ"מ אם רואה מעכ"ת כי' העת הצריכה לכך הלא יש למעכ"ת כי' גאונים מתירים בספרים וב"ה יש לאל ידו לשקול במאזני שכלו הזך דבריהם ואשר יבחר יקרב ויעשה כחפצו ויגדל כחפלו וחפץ ידידו א"כ :

סימן ז

להרב המאור הגדול מוה' שבתי אבד"ק פעטשי ניידארף :

מכתבו היקר הגיעני ואודות האשה אשר הרתה לזנונים ונשאת לאחר והוא לא ידע אם יש להתיר לאחר לידתה להבעל להיות עמה כי כל מכיריו יעידו כי הוא תם ונקי ובשגגה נשא אותה וכבר רואה מעכ"ת כי' דברי כוב"י ורצה בטובו לשמוע דעתי העניה. ידיד נפשי הנה כבר בתשובה אחת להרב אבד"ק מאהר כתבתי כי לבי נוקפי לסמוך על הגאון בזה כי הוא ז"ל בסימן י"ח לא הביא רק דברי מהרי"ו שכתב תחלה להתיר משום דזנות לא שכיח ושוב סתר מהרי"ו דנהי דזנות בעדים ובהתראה לא שכיח אבל מ"מ בלא עדים שכיח ולכך מלא הכוב"י מקום להקשות עליו דנהי דזנות שכיח אבל שתתעבר בזנות לא שכיח. ואולם מהרי"ל בתשובה סימן ק"י גם הוא אוסר וכתב בסוף התשובה הנ"ל והא דמפלגינן בס"פ ד' אחים לענין הבחנה דלא שייך מנה טעמא דמפרש התם ובזנות שלא שכיח לא גזרו או דלא אילטריך כדמפרש התם אבל לענין מעוברת ומניקה שייך כמו כן בזנות כדלעיל עכ"ל הרי שעומד ע"ז שהביא הגאון בכוב"י ודחה. ונראה מדבריו דהכלל הוא דכל היכא דשייך טעמא שגזרו רבנן במלתא אף דלא שכיח אמרינן לא פליג ורק בהבחנה דלא שייך הטעם אמרינן דלא גזור אבל היכא דשייך כמו זונה שילדה דשייך טעמא דמינקת חברו אמרינן לא פליג גם בתשובה האחרונה מכתבי מהרא"י בסימן רס"ע כתב דכל היכא דשייך הטעם אמרינן לא פליג רבנן אף במלתא דלא שכיח ייע"ש. והח"ל דחה ראייתו ואנכי בעניי הבאתי ראיה לדברי מהרא"י מסוגיא דגיטין בפ"ק דבחד דיכול אף ע"ג דלא שכיח אמרינן לא פליג רבנן כיון דלא מוכח הספרא ורק בפקא ונתחרש דידוע וניכר ההפרש וכן בבעל עלמו או בבי תרי בהא אמרינן דלא פליג רבנן ועכ"פ כיון דמהרי"ל הביא הסוגיא והסברא שכתב הכוב"י ודחה אם הכוב"י היה מביא דברי המהרי"ל וחולק עליהם אולי הייתי סומך על דבריו עתה שנראה שלא ראה דבריו וידוע תקפו של מהרי"ל שכמעט בכל דבריו אנו פוסקים כמותו היכי אומר בזה לא איסור ולא היתר ופשוט שזה שהיה הבעל בשוגג גם את"ל דלא ניחוש לדידה וכאומר אולי גם הוא תחשוב כן מכל מקום לא מהני אלא שאין צריך לגרש ולא לברוח אבל ע"מ הפרשה צריך לדעת האוסרין :

סימן ח

להרב הגאון מהור"ר ליפמאן אבד"ק ס"ה יע"א :

אחרי הואלתי לדבר אל הדרת גאונו לא אחדל מלכתוב אליו כאשר עם לבבי הנה גם אם אמת כדברי האשה כי הרופאים לוו עליה מפני הסכנה לגמול את בנה וגם יש תקנה ליתומים לא ידעתי למה הכנים מעכ"ת כי' את נפשו בזה להתירה והנה כתבתי להדרת תורתו כי' כי הפ"י לא סמך שם רק בלא היניקה הולד כלל לא בגמלתה ומעכ"ת כי' כתב כי כהפוך הוא דיותר יש לחשוב לד היתר בגמלתו מלא הניקה אותו כלל כמבואר בדבריו לא ידעתי למה יאמר מעכ"ת כן. הן יקרא לד היתר לדעתו כאשר ימלא בלד ההוא מורים מקילים אף ע"ג דלא קי"ל כוותיה מ"מ לד היתר הוי ללרפו. והנה בגמלתו אחרי חתימת התלמוד לא ימלא מורה להתיר ח"ו ואיך יקרא זה לד היתר אבל בלא היניקה כלל רבים מקילים והמה גדולים ומובים כאשר הובא בתשובת שבות יעקב באותה תשובה שהיה לפני מעכ"ת כי' ותשובת מהר"י פרוונלעואל שהביא הש"י שם הנה הוא בספר פחד ילחק אות א' ש"י משם הביא דברי הר"ס מאיגרא וכתב שכן המנהג להתיר ואע"ג שחלילה לסמוך ע"ז מ"מ למה יקרא לפענ"ד לד היתר לא בגמלתו דאפסיק להדיא בתלמודן לאיסור :

לפענ"ד אין הפרש בין גמלתו מרלונה ובין גמלה מפני מלוות הרופאים דכיון שחל עליה שם מינקת חבירו לא חילקו חז"ל ולא התירו רק במת הוולד ולא בענין אחר והרי בלינוק שדים כפסק חלבה דג"כ אין תועלת לוולד באיסור נשואה ואפ"ה לא התירו הפוסקים רק בלינקה ולא הניקה כלל

בהתחילה להניק ואח"כ נמקו וזה פשוט ומבואר כן בטוש"ע והרי התם ג"כ ואפ"ה אסורה והיינו משום דל"פ וגם לא מינכרא מפני מה גמלתו ועובדא דמר יוכיח וכן משמע בג"מ דמחמת חולי אסורה דהרי בברייתא דרדיפה תנן או שהיה בעלה חולה וכו' ואפ"ה אסורה והיינו משום דל"פ ולפי פשטן של הדברים אין לחלק בין הבחנה למינקת דהרי תלמודן רמז משם למינקת ויש לי בזה אריכת קצת אבל אין הזמן מסכים עתה להאריך :

ועי"ד תקנת היתומים שכתב בעל ש"י הנה לרב בעל ש"י היה שם הרבה סניפין להתיר לדעתו ובאמת בעיני יפלא על כבוד הרב ש"י ועל מעכ"ת ני' איך אפילו לסניף בעלמא נעשה כן כיון דאסרו חז"ל מינקת חבירו איך נתיר משום תקנת יתומים. ומעתה אם תהיה איסור שנייה על הבא לישאנה נתיר אותה לו אם יהיו תקנת יתומים בו או משום מצוה לקיים דברי המת. ומהר"י מינץ שהתיר במופקרת ויליף מדדחינן עשה דלעולם בהם תעבודו משום מלתא דאסורא ה"ה תקנת חז"ל דלא דמי כלל דבכבר כתבו התוספת דהוי כעין מצוה דרבים להציל רבים מאיסור ומש"כ דבשי' ר"ן בח"מ כתבו דאפילו ב"ד כשיש תקנת יתומים יכולים להוציא עבדים לחירות ולבד שאינו מפורש להדיא בדברי הרמ"ה ושאר פוסקים דעלה קאי אף גם לדבריו איך יפרש מה שאמרו שם אבל מוכרים אותם לאחרים ואחרים מוציאין אותן לחירות ואחרים איך יעברו על עשה דלעולם בהם תעבודו וע"כ צ"ל כאחד מתירוצים שכתב שם הרשב"א לענין היתומים והיה נראה לפענ"ד דלכ"ע כשעבד נותן דמי עצמו אין בו משום עשה דלעולם בהם תעבודו. וכסברת רבו מפני שהוא כמוכרו לו ואין המצוה רק שלא לשחררו אבל לא לבלתי מכור אותו גם יש לומר דעיקר המצוה דלעולם ב"ת וממילא א"א לשחררו ויתמי לאו בני מעבד מצוה נינהו. ואיך שיהיה לפענ"ד ברור דאין לעבור על שום איסור מפני תקנת יתומים. ובזה יש עוד לפקפק על דברי הש"י דשם בח"מ הוא תקנת יתומים אבל כאן במינקת חבירו איך נחוש להוולד היונק משום תקנת יתומים אחיה ועוד לדבריו אם ירצה האיש לחוס על יתומים אחרים ולזונם אם נתיר לו מינקת חבירו ג"כ יתיר אותה הש"י ואין להיתומים בני' זכות יותר באלמנה מיתומים אחרים ואני אומר חזי מר דמדברי הש"י ומדברי א"ש מיסתרי מינקת חבירו לגמרי דא"ש מתיר עבירה והש"י מתיר עניה הא קמן דהגאונים המתירים באותו עובדא דהש"י לא התירו מטעם זה גם הגאון בעל בני אהובה והמשנת דר"ע לא הביאו כלל סברא זו מכלל דלית דחש לה : ידידו ה"ק מאיר א"ש :

סימן ט

שלום וכל טוב לאהובי בני הרב וכו' מוהר"ר מנחם ני' אבד"ק חוסט יע"א :

הנה כבר התחלתי לכתוב לך זה יותר מב' שבועות תשובה ולא יכולתי לגמור מפני בטולים רבים שהיו כנגדי על דבר המניקת קשה בעיני להקל באלמנה אם אין שם שום צד אחר רק מופקרת בלבד כי ברמ"א אינו מבואר רק במזנה ושם יש לצרף דעת הר"ש הזקן. אף שיש חולקין ואומרים דבמזנה גם הר"ש מודה לר"ת עיין בצ"ל אינו מוכרח כל כך אבל באלמנה שאיסורה ברור מן הש"ס לא שמענו. אף לדעת הר"י מינץ משמע שלא סמך ע"ז בלבד ועיין שם בכל התשובה משמע שלא התיר רק בזונה והרי הוא ז"ל המציא היתר זה דמופקרת ולא סמך על זה בלבד ע"כ אין להתיר כלל באלמנה והנה ידעת מ"ש בספר תפארת למשה ושם היתה מופקרת לזנות ואפ"ה לא רצו הגאונים להסכים בהתירא ובעל אמונת שמואל שהתיר שמוכים הוה לו גם כן מסברת הר"ש הזקן לדעתו ועיין בנו"בי בתרא אהע"ז סימן צ"ה לזאת אהובי בני אתה לא תתיר ואם יהיה אחד שיסדר לה קידושין בלא דעתך אין אחריותו עליך וה' הטוב יצילנו משגיאות ומדין ומבעל דין קשה דברי אביך המעתיר בעדכם : הקטן מאיר א"ש :

סימן י

אל אלהים עליון. יראנו בנחמת ציון. ונעלה בית ה' בשמחה ובהגיון את כבוד ידיד ה' הרב המופלא ומופלג בנן של קדושים חכם חרשים כקש"ת מהור"ר יואל גליק בק"ק ראטערדאם יע"א :

מכתבו הגיעני ואולם התמהמה נאחר לפי הזמן הנכתב במכתבו שהוא כ"ח אייר וגם לפי אשר ניתן על הב"ד אחר לבוא ולפי הנראה בקרוב יתמו הכ"ד חודש ואין עוד צורך לפלפל בדין. ואולם להשיב מפני כבודו וכבוד בית אבותיו אמרתי לכתוב בקיצור על אשר רצה מעכ"ת לחדש דלאחר י"ח חודש אם גמלתו האם דמותרת להנשא אשר לא שמענו עד כה לאחד מן הפוסקים והגאון נוב"י קמא בסימן כ' האריך להתיר בשנה מעוברת שנחלקו הפוסקים אם צריכה להמתין כ"ה חדשים והגאון אחר פלפול ארוך התיר בכ"ד חדשים אם גמלתו יעיי"ש שהאריך ולא עלה על דעתו להתיר לפני כ"ד חודש גם אם גמלתו רק החודש האחרון בשנת העיבור וכמו שהאריך שם ומזקנים אתבונן כי לא דרכיהם דרכי מעכ"ת ני'. והנה כל הדקדוקים אשר דקדק בסוגיא דכתובות אינם כדאי לחדש דין זה כי מה שהקשה דלא דמי הבחנה דהוי רק זמן קצר להנקה דהוי זמן ארוך ועוד דקדוקים כאלו מה שיש לחלק בין מניקת חברו להבחנה בכל אלו נשיב לו אם רבותינו בעלי התלמוד אומרים דיש להשוותם איך נאמר להם דלא דמי :

וקושית המהרש"א שהקשה על התוספות שהאריך בזה מעכ"ת הנה באמת המהרש"א לא כתב רק קצת קשה ומעלתו הגדילה ואשר היא כי בדברי הרא"ש להמעיין יראה שכיון הרא"ש לתרץ דכל שהיא מניקת יש לגזור כמו בהבחנה אבל אם גמלתו וכיולא שאינה מניקה עוד ואין תקנה להוולד עוד לא שייך למיגזר הא אטו הא דמנכר דזו מניקה וזו אינה מניקה ולא דמי כלל להבחנה דלא מנכר וע"ע הטעם כמו שכתבו התוספות דחיישינן שמא תגמלנו וכן כתוב בספר קרבן נתנאל. דהמהרש"א אישתמיט ליה דברי הרא"ש גם בתשובת שבות יעקב בדינים אלו כתב כיוצא בזה :

גם מה שהקשה על הך דאביי אמאי חזר מהוראתו מהך דרב ושמואל ואדרבה על רב ושמואל קשה דהא לכ"ע מותר כדברי רשב"ג דאף לר"מ דאמר כ"ד חודש מותרת ליכנס אחר כ"א חודש דברי תימה הן. ר"מ אומר בפירוש שצריכה להמתין כ"ד חודש ואיך יאמר רשב"ג דמותרת לר"מ מיד אחר כ"א חודש האם נאמר תנאי נינהו אליבא דר"מ דת"ק סבר דר"מ ס"ל דאסורה כ"ד חודש ורשב"ג פליג עליו אם כן הלכה כת"ק דלא אמרינן כ"מ ששנה רשב"ג הלכה כמותו רק במשנה ולא בברייתא וכמו שכתב הרשב"א בתוה"ב ריש הלכות נדה. ואולם באמת אינו כן דרשב"ג לא על ר"מ אמר רק על ב"ש וב"ה דעיקר מחלוקתן לענין שיעור הנקת הוולד ועל זה קאי רשב"ג וזה מבואר למעיין במפרשים וכיון דפליגי ר"מ ורשב"ג הלכה כר"מ בגזירותיו :

וראיתי בש"מ שכתב בשם רש"י מהדורא קמא שכתב דאביי כאשר הורה להיתר סבר הא דקי"ל הלכה כר"מ בגזירותיו וזה נראה קצת דוחק והיה נקוט לומר דאביי היה סובר בתחילה דבג' חדשים האחרונים רוב פעמים אינכו מזיק להוולד ואזדא ר"מ לטעמיה דחייש למיעוטא ולכן הוא מצריך כ"ד חודש ורשב"ג לטעמיה דאזיל בתר רובא בשבת לענין כפל וכן בבכורות לענין בכור כמבואר ולזה פסק אביי כוותיה אבל תלמודן סובר עיקר טעמי דר"מ משום גזירה הוא ומשום סכנת הוולד לכ"ע יש לחוש כמבואר תדע דהא לר"מ כל מניקה משמשת בנוך וא"כ אמאי צריך להמתין אלא משום סכנה גזר וקי"ל כוותיה ומה לנו לפרוץ גדר מה שלא מלאכו מרבותינו הפוסקים אף כי רבו התשובות בזה כידוע. והנה מה שהתירו במזנה התם הוי קצת מכשול לרבים ומפני העניות המעבירות

וכו'

וכו' אבל אנו אשר בשאט נפשם ובזדון לבם ירימו ראש חלילה לסייע להם דא"כ כולם תעשינה כמותה לזאת היטיב הרב הגאון אב"ד נ"י אשר לא הרשה להם הנשואין ויחולו ברכות על ראש צדיק אשר מחזיק בדברי רבותינו ז"ל ושמחתי לשמוע כן וממרחקים אשר ידמו רבים כי נפרק ח"ו עול תורת רבותינו ז"ל והרי בעזרת השם יתברך מחזיקים בה בכל עוז כן יוסיף ה' דברי ידידו ה"ק מאיר א"ש :

סימן יא

בעזרת השם יתברך יום ב' יו"ד אייר כ"ה למב"י תרי"ז לפ"ק אונגווואר יע"א :

שפעת שלום וברכה לכבוד הרבני המופלא ומופלג החו"ב כקש"ת מוהר"ר נתן אלי' עהרמאן נ"י :

נעימות ימינו הגיעני וראה מה שכתב מעכ"ת נ"י בענין הילדה שנתאלמנה וילדה בת וגם יש לה בנים אשר הניקה היא בעצמה אך עתה יאמרו שם הרופאים כי לא תניק כל ימיה אם יש לה היתר להנשא בתוך זמן שקבעו חז"ל הנה כבר ראה מעכ"ת נ"י מה שדברו גדולי האחרונים בזה בתשובת שבות יעקב שם כתב תשובת הגאון מהר"א ברודא ז"ל והחולקים עליו בח"ל וש"י כמבואר במכתבו ואין דומה כלל לנידון זה שנשאל עליו כמ"ש מעלתו נ"י אחרי שידענו שהניקה כבר בוודאי שוא ושקר בפיהם ואין לסמוך כלל על דברים ההם ולא ידעתי שום צד היתר לפחות מן הזמן שקבעו חז"ל ובענין סתירת תשובת מהר"ם ב"ב שכתב מעלת נ"ת נ"י ליישב שנשתנה הטבע לא ידעתי רצונו כלל שהרי מהר"ם הוכיח דינו ממתניתין דגיטין דקתני כמה מניקתו שתי שנים וגם לא יתכן לומר שנשתנה הטבעים מפני שלא ראינו מינקת כ"ד חדשים דוודאי כל דמסמסי ליה בעי' כו' אין קפידא כ"כ והעניות ביותר אולי באמת מניקה כ"ד חודש ויותר והיה מקובל ליישב סתירות התשובות באופן אחר אבל עמל הוא בעיני אחרי שהביא התה"ד שם תשובת מהר"ם עצמו שמבואר בדבריו דדווקא בענין הנקה דתנן שתי שנים לכך יש לומר דהחודש עיבור בכלל ואף שמלינו ג"כ כ"ד חודש היינו זה וזה לחומרא אבל באבילות לא מלינו רק חודש ופשוט שאין להקשות למה נלך בזמן הנקה אחרי השנה ובאבילות אחרי החדשים שלענין זה וודאי יש לחלק מהך דירושלמי אקרא לאלהים כו' ואחרי שאין אתי שום צד להקל וכבר נודע ממעשה רב שכתב בספר תפארת למשה והביאו בקיצור בנו"בי תנינא סכנה גדולה בדבר ויש שורש לזה בירושלמי אל תסיג וכו' ובשדי יתומים אל תבוא כו' וקבע את קובעיהם נפש דרשוהו חז"ל על הך דזמן הנקה וכן שמעתי בשם מ"ו הגאון ז"ל דברי ידידו הכותב בחפזי ומפני טרדות שונות :
ה"ק מאיר א"ש :

סימן יב

שאלה אודות אשה אחת ילדה שביק בעלה חיים והניחה מעוברת ובעת לדתה שמטה דד ולא הניקה כלל ותתן את הילד למינקת ונתקשרה להנשא לאיש והאשה אומרת תרצה להביא עדות רופא כי סכנה לה להניק וכאשר הוכרחה לגמול בחיי בעלה ילד א' וגם תרצה היא ואמה להשלים שכר מינקת עד תום הזמן ביד ב"ד ואם יש לצדד בזה. הנה עיקר החקירה לדעת אם באיסור זה גזרו חז"ל ולא חלקו ואמרו לא פליג ועד היכן אמרו כן והריב"ש בתשובה כתב בפירוש דלא פליג רבנן והתוספות כתבו דאין לפרש דגזרינן מת אטו לא מת דא"כ היכי שרי ר"נ לדבי ריש גלותא וכו' ותמה המהרש"א דהרי בהבחנה גזור הא אטו הא ותלמודן מדמי להדדי. והנה הרא"ש בפרק אעפ"י כתב לאסור אם נשבעת המינקת ועד"ר אפ"ה אסור משום דאתי לאחלף בשאר נשים ולא דמי לדבר"ג דהתיר ר"נ כי היה דבר ידוע ולא אתי לאחלף ובלאו הכי שדיה התיר הרא"ש שם כאשר התיר ר"נ לדבר"ג וכתב הטעם דמינכר בין מניקה לשאינה מניקה ולא אסרי' רק בגמלתו מטעם שכתבו התוספות שמא תמהר לגמלו ובנתנה למינקת שמא תחזור בה המינקת ומבואר מדבריו ז"ל דוודאי היכא דלא מינכר אף על גב דליכא ביה תקנת הוולד באיסור נשואיה ולא יש שם סכנה לוולד כגון בנשבעת המינקת עד"ר אפ"ה גזרינן הא אטו הא ורק היכא דמינכר ליכא למגזר. ולכן שרי לדבר"ג יראה דזה כוונת התוס' ג"כ דלא גזרינן מת אטו לא מת וגמלתו אטו לא גמלתו דכיון דמנכר ע"כ לא גזרי' דא"כ אף לדבר"ג היה אסור ובהבחנה דגזרינן היינו משום דלא שייך התם מנכר. והפ"י דקדק בכתובות על ברייתא דהבחנה ואמאי לא שנוי שם מעוברת שילדה ומת בנה כיון דתני כל הכי גווני ולא עוד אלא ששנוי שם המפלת לאחר מיתת בעלה ואמאי לא קתני ילדה ומת הוולד ומזה הכריח דלר"מ אפי' במת בנה אסורה בלא"ה כל כ"ד חודש מפני מינקת חבירו וזה דוחק דהג"מ מייתי שם ברייתא ומסיק עלה דהלכה כר"מ בגזרותיו ותנ"ד פוסק דלא כוותיה במת ומר בר רב אשי דאוסר במת ודחי ולא היא ולא מזכיר כלל דבברייתא מוכרח לאיסור ולכן יש לומר עפ"י מה דאיתא סוף פ"ב דחולין לפי גרסא שלפנינו דר"א ור"א ס"ל בשוחט לשם עולת יולדת פסולה דסד"א בכל יולדת קלא אית ליה קמ"ל אימר אפילה אפיל דמוכח דיולדת יש קול ולמפלת אין קול ולפ"ז איכא למימר כיון דהתיר ר"נ לדבר"ג מפני הקול א"כ לא גזרי' הא אטו הא היכא דיש קול ולפ"ז כיון דהבחנה ואיסורא דמינקת חבירו לפי פשטא דתלתא בסוגין שוין ממילא ה"ה שם ביש קול לדבר אין לאסרה ולפ"ז דווקא מפלת אסורה דלית ליה קלא אבל ילדה דיש קול אין אסור משום הבחנה ג"כ. ובזה יש ליישב הא דהשמיטו הרי"ף והרמב"ם הא דר"נ שרי לדבר"ג וכבר כתב הנו"בי קמא דלהרמב"ם לא יספיק שאינו נוהג רק בר"ג דהוי כעין מלך על ישראל לא לזולתו שהרי הוא ז"ל לא יניח דבר וגם דיני מלכים כתב בספר ולהנ"ל יש לומר דהרמב"ם לשיטתו שכתב בפרק ב' מהלכות שחיטה שכל המפלת יש לה קול וכתב הכ"מ שכן היתה גירסתו בגמרא כאן דלכאורה אין מוכרח דגם לגירסת רש"י ע"כ כן הוא דילדה ממש פשיטא דיש קול ועכ"פ כיון דחזי' לדעתו וגירסת של הרמב"ם דהמפלת יש לה קול ואפ"ה שנוי בברייתא לענין הבחנה דהמפלת אסורה א"כ מוכרח דגזרינן אף ביש קלא בהבחנה הא אטו הא וא"כ א"א להתיר לדבר"ג אע"ג דיש קול ור"נ שהתיר ע"כ ס"ל אחד משנים או לא אסיק אדעתיה הך ברייתא כמו ר"פ ור"ה או דס"ל לר"נ מפלת אין קול ומוקי מתני' דחולין באין לו אשה כגירסתינו באמת אבל לפי גרסת הרמב"ם אין להתיר ביש קול כיון דמפלת אסורה אף על גב דיש לה קול:
ולרווח לן עוד הא דהביא הרמב"ם טעמא דדחסא על מעוברת שנדחה בתלמודן וכתב הכ"מ בשם מהרי"ק מפני שהוא טעם יותר כולל לאסור אף בנימוק והכ"מ פקפק עליו אף שהוא כולל למה לו להביא כיון שנדחה בתלמודן וכתב הוא ז"ל דלא גרס הרמב"ם אלא ביבמות וס"ל דה"ה דהוי מלי למימר כן שיש לחלק בין בנו ובן חבירו כו' ועי"ש. ועדיין הדבר צריך תלמוד מניין להרמב"ם לקיים מה שנדחה בפירוש ולומר ה"ה דהמ"ל ולהנ"ל יש לומר כיון דהרמב"ם ס"ל דאף במפלת יש קול לפי גרסתו בחולין א"כ קשיא דקדקו של הפ"י מ"ש דתניא בברייתא דהבחנה מפלת ולא קתני ילדה לאחר מיתת בעלה אסורה וע"כ צ"ל לפי סוגיא דחולין כתירוצו של הפ"י דלר"מ גם במת הוולד אסורה כל כ"ד חודש ואע"ג דלא עבדה כשי דחנקה וע"כ גזר אף בכה"ג כיון שחל עלי' שם איסור גזור הא אטו הא ואם כל איסור של מעוברת חבירו לא היה רק מפני דלמניקה קיימא א"כ כבר התחיל וחל עליה איסור זה וגזרת חז"ל בעודה מעוברת ומ"ש מפלת דמותרת לאחר שלשה חדשים ואינה נאסרת כל כ"ד חודש ומ"ש מת הוולד דאסור לר"מ אע"כ דמעוברת לר"מ עיקר אסורה משום דחסא ולא חל עליה כלל אסורה דמינקת:

ועכ"פ היוצא מדבריהם האלה דהפוסקים שהתירו לדבר"ג וכן בכל גווני שהתירו היינו היכא דמינכר ולא אתי לאחלופי ואף שלדברינו הנ"ל להרמב"ם וסמ"ג אסור גם כן

אפילו

אפילו במקום קול מ"מ הרי רוב הפוסקים מסכימים בזה לדברי הרא"ש להתיר בגמלתו בחייו או בלינוק שדים ולדידהו ע"כ ס"ל דמפלת אין לה קול אלא שכ"ע דהרא"ש בחולין סוף פרק ב' כתב דאם איתא דילדה או אפילה קלא אית לה ול"ע. ובאמת מליכו להרא"ש בתשובתו שאוסר הכל חוץ מר"ג ואף בר"ג כתב סברא לאסור ויש בזה חזרה לדעתו אלא שהמהרש"ל והפר"ח ות"ש להתיר גם בזה יש לו אשה דאפי' הפילה קלא איכא מלבד בדאורייתא חשש סת"ש לגירסת התוספות ואולי יש לדחוק דלפי האמת מחלקי' בין הבחנה ומחמירים שם עפי מבמניקת. ועכ"פ נראה אמת דאין להתיר רק דלא אתי לאחלופי. ובאלב ארסיי שהתיר הא"ל כתב שם דהוא מלתא דתמיהא וליכא למיגזר כלל יע"ש. וראיתי בספר משנת דר"ע וכן בספר בני אהובה נדפס שם תשובה להגאון מהר"י שהתיר אשה שהיתה מוחזקת שא"א לה להניק שבעלה הרופא לא הניח לה להניק פן תמות כאחותה ופעם אחת כבר האל החולי בה כמבואר שם בתשובה והתירה הגאון. ואולם גם שם נתפרסם הדבר כי לא הניקה לעשרה ילדים אבל בזו שבחיי בעלה הניקה ילד אחד אף כי גמלתו לאחר מספר ירחים ל"ע אם לא נאמר בזה אתי לאחלופי: (חסר)

סימן יג

יפה הקשה מעכ"ת כי' על דברי הד"מ באה"ע סימן ז' דמה מועיל אפקעינהו רבנן לקדושין מיניה דהרי נכרי פוסל לכהן בביאתו וגם האבני מלואים באה"ע סעיף קטן ה' עמד בזה והניח בל"ע יע"ש ובאמת לריך לומר דהד"מ לא כתב כן רק משום דבתה"ד לא מלא היתר היכא דהיו יכולת לברוח ולא ברחו אפילו לישראל וע"ז כתב הד"מ דעכ"פ בזה י"ל אפקעינהו לקידושין. אולם פשטות הלשון באמת לא משמע כן רק כדברי מעכ"ת כי' ואולי כאמר דהרי מבואר שם בד"מ דעיקר מה שדחק עלמו היינו מפני איסור התורה שקשה לומר דמשום חשש שלא תלאכה לתרבות רעה יתירו לבעל לבוא כל ימיו בעילות איסור והנה דעת הרמב"ם דכל הפסולים אין לוקין על בעילותן אלא בקידש ובעל ועיין בספר דבר שמואל למהר"ב אבוה"ב סימן ז' וסימן כ' שכתב דלדעת הרמב"ם אין כאן איסור תורה בפנויה גרושה וזונה לכהן יע"ש שכתב כי כן משמע במגדול עוז וקרית ספר להמבי"ט דאין כאן אלא איסור דרבנן ולפי"ז יפה אמר הד"מ דאם אפקעינהו רבנן לקדושין מיניה אין כאן איסור תורה ואף כי שאר הפוסקים חולקים על הרמב"ם כדאי הוא לסמוך עליו בשעת הדחק זה י"ל קלת לכוין דינו של הד"מ אף כי לשונו דחוק שכתב אף אם זינתה מותרת לבעליהן נקט לשון זה משום אשת ישראל כאמור ואשת כהן גם היא אין בה איסור תורה כאשר כתבנו:

עוד י"ל דהכא גם אם היתה יכולה לברוח ולא ברחה לכאורה וודאי מידי ספק לא נפקיה ולהרמב"ם והרמב"ן כל הספיקות אינם מן התורה ושבויי' מדרבנן אסורה ומכל שכן כשהיא אומרת ברי והבעל סומך על דבריה נראה וודאי דאין כאן איסור תורה והר"ן בחידושין לנדה דף ג' ע"א בד"ה הכי השתא כתב בתוך דבריו דהא דאמרינן דסוטה ספק ועשאוה כוודאי היינו משום דאי לאו הכי שאלו מפני הספק בלבד דייכו לומר שתשתה כל שהיא יכולה לשתות אבל אם אינ' יכולה לשתות שלא תהא אסורה לבעלה ואלו בפ"ק דסוטה מוכרח שהמקנא לאשתו בזה"ז אסורה עולמית אלמא גזה"כ דכל היכא דאיכא למיחש לספק טומאה שתהא כוודאי וע"ש נראה שהיה קשה להר"ן ז"ל מנ"ל שעשה כוודאי ותירץ דלולי כן לא היה לנו לאסרה עולמית בזה"ז. ולפעכ"ד נראה דההוכחה דאם לא כן היה לנו להתירה כיון שהיא אומרת ברי לי והבעל מאמינה וגם זה בכלל דברי איסור תורה כדברי הר"ן הנ"ל רק דבסוטה עשאוה כוודאי וע"ז קאמר הד"מ דכיון דאפקעינהו רבנן לקידושין מיני' אין כאן ספק קוטה ולא נשאר רק ספק איסור ובזה יש להתיר שלא תלאכה לתרבות רעה:

ומה שהקשה על רש"י בחגיגה דהא איכא מעוברת חבירו הנה אם דעת רש"י כר"ש הזקן דדווקא אלמנה אסורה משום דמשעבדא ליה וודאי ניחא כמובן אלא גם לר"ת הא ר"כ התיר להכך דביה ריש גלותא משום דלא הדרי בי' וע"כ לא מבעי' אם כאמר דאף נישאת לאחד מבי' ריש גלותא מותרת משום דלא הדרו בהו וודאי כ"ג כהכך דבי ר"ג דמיא אבל גם להרא"ש בתשובה דווקא אם האשה מבי' ר"ג מ"מ היה איכא למימר דבעי' קאי על בת מלך כזו שכבר שכרה מניקת: דברי ידידו הקטן מאיר א"ש:

סימן יד

לכבוד הרב המאור הגדול לבי תפארת ישראל מהור"ר לבי לעהרן בק"ק אמשטרדם:

(המשך והמכתב שנדפס בחלק יו"ד סימן ק')

ולמען יהיה דברי באור תורה לא אכחד את אשר עם לבבי בענין איסור חיתון דלפענ"ד נראה דאף לדעת הטור באה"ע סימן ע"ז שהעתיק הרמ"א שם עכ"פ לא ימלט מהיות איסור דאורייתא גם לדעתו דכיון דבועל ארמית בפרהסיא קנאין פוגעין בו ואם לא פגעו קנאין עונשו מפורש בקבלה בכרת. והן אמת לפי עניות דעתי נראין בזה דברי החלקת מחוקק דזה איירי רק בפרהסיא ודלא כמ"ש הבית שמואל בשם הב"ח והפרישה דאף בלגעא אם לא נעשה בו דין הוא בכרת דלדבריהם יקשו אמאי הלרכו חכמים לגזור משום נשג"ז תיפוק ליה דבלא"ה איכא כרת וע"כ הוא דאורייתא כדאיתא בגיטין (דף כ"ה ע"ב) כרת מדבריהם מי איכא. ולא היו לריכין לגזור על בנותיהן וכדמקשה התם בע"ז (דף ל"ו ע"ב) ומשני בלגעא אלא נראה כדברי הח"מ דכרת ג"כ רק בפרהסיא וגדר פרהסיא כתב הרמב"ם דהיינו לפני עשרה מישראל ויליף לה ממה דאיתא בסנהדרין לענין מסירת נפש על קידוש השם בשאר עבירות דלריך להיות בפרהסיא דהיינו לפני עשרה מישראל ה"ה כאן פרהסיא היינו לפני עשרה. והרי שם בסנהדרין (דף ע"ז) פריך והרי אסתר פרהסיא והרי למדנו דמעשה אסתר פרהסיא מקרי והרי ברור דלא בא עליה לפני עשרה מישראל ואפילו לפני אחד מישראל רק כיון דרבים ידעו שהיא נלקחת לביאה מקרי פרהסיא הוא הדין כאן הנושא נכרית והכל יודעין שהוא דר עמה כאיש עם אשתו פרהסיא מקרי אלא דלא שייך לפגוע בו קנאין רק בשעת מעשה שהיה עכ"פ עונשו מפורש בכרת כמו בבועל ארמית בפרהסיא דלכ"ע אם לא פגעו בו קנאין חייב כרת וע"כ תורה הוא כאמור וגמרא גמירי לה ואתי מלאכי ואסמכינהו אקרא:

ולפי"ז עיקר מחלוקת הרמב"ם והטור היינו בענין שלא היו בחיתון ההוא עשרה מישראל גם אולי היה סובר להרמב"ם עובר משעת חיתון בלבד ולזה חלק הטור עליו אבל לענין איסור תורה נראה דא"א לומר שאין בו כאמור: שוב מלאתי להגאון בעל הפלא"ה בספרו כתובות לשבת כתב ג"כ דמע"א (דף ל"ו) משמע בהך פרהסיא איכא כרת וכמ"ש ואולם באבני מלואים העתיק דברי הר"ן בחידושיו דמתחילה גם הר"ן מאותה הוכחה רלה לומר כן ושוב כתב דלעולם גם בלגעא איכא כרת רק כיון דאיכא רשעים שיראים יותר מדיני אדם מדין שמים לכך הלרכו חכז"ל לגזור עליו יעיי"ש שסיים שם דלפי"ז גם בלגעא איכא כרת ואסור מדאורייתא. ולפי מ"ש למעלה עכ"פ בנשואין גם אם לא פגעו בו קנאין כיון דאיכא כרת וודאי דאורייתא הוא ולדעתי הענין חשוב פרהסיא וה' ברחמיו יבער קולים ומכרמו ויטעהו כולו שורק זרע אמת כולו אומר קדוש כאות נפשו הטהורה ונפש ידידו ה"ק מאיר א"ש חופק"ק אונגוואר:

סימן טו

שאלה להגאון חתם סופר ז"ל:

איש אחד מעירנו בשמו ר' יעקב ב"ה יהודא הכהן הלך מביתו כמו י"ד ימים לפני פורים ולא שב. ולאשר האיש הנ"ל לא היה דרכו להתרחק זמן רב מביתו רק היה סובב והולך בכפרים סביבות העיר לזאת כאשר התמהמה כמו י"ד ימים היה הקריה הומה לאמר מה נעשה באיש וילכו בנו ואחיו לבקשו בדרך אשר הלך זה בכה וזה בכה וימצאו חלל בבור עמוק אשר בהעלותו הכירוהו בטביעות עין ובמלבושיו כולם ובפרט הארבע כנפות (כי לא היה חבול כלל בפניו כ"א בקדקדו) מלבד הכובע אשר לא היה על ראשו כ"א בסמוך לו כי הוא ר' יעקב הנ"ל וכן נסעו רבים מבני עירנו לשם וכולם פה אחד אמרו כי הוא ר' יעקב הכהן הי"ד וקבלנו במותב תלתא שני עדים דהיינו אחיו שהיה שם בשעת העלאה מן הבור שאז לא היה נתפח כלל וגופו היה קר עד שלא יוכלו ליגע בו ואחד מן הנוסעים אח"כ שמה והנה הרואה יראה כי יש כאן לדדי היתר רבים ואולם לחומר הענין ולקולר דעתי לא הוריתי בה היתר עדיין עד כי יבוא הדבר לפני רבותינו אשר להם המשפט אבל להגיד קדיש ולנהוג אבילות עגמה נפשי למחות בהם לזאת נויתי על האשה בתשבע ע"ד הרבים להחזיק עגונה לכל דבר כאשת איש עד כי תשמע מפי היתר עפ"י רבותינו והנחתי לנהוג אבילות ובניו לומר קדיש:

והנה לדעת ר"ת כתבו התוספות ביבמות דף ק"כ ד"ה אין מעידין כו' אר"ת דהיינו דווקא כשאין שם אלא הפרצוף אבל כל גופו שלם אפילו אין כאן פדחת וחוטם ניכר היטב על ידי סימני הגוף ועוד דשמא דווקא בסימנים הוא דקאמר הכי אבל ע"י טביעות עין ניכר היטב ע"י סימני הגוף כיון שיש כל גופו ואפילו לאחר כמה ימים וכו'. והנה הגדולים נסתפקו בפירושן של דברי תוספות ובפרט במה שכתבו. ועוד דשמא דווקא בסימנין הוא דקאמר הכי ולפענ"ד נראה לפי מה שמצאתי תשובתו של ר"ת בספר הישר אף שהיא מובאת שם מ"מ יש ללמוד מדבריו שכתב שם להתיר כשמכירים אותו בט"ע אף לאחר כמה ימים דמתניתין לא איירי אם מכירין אותו בחייו היטיב ורואים אותו עתה לאחר ג' ימים וכן כתב התשובות מיימוני לה' אישות סימן ע' דלדעת ר"ת אם העד המעיד עליו היה מכירו מחיים ולאחר מותו מעיד עליו שמכירו היטב כאמן אפי' לאחר כמה ימים (ועיין ברא"ש בק"ע שפירש דהיינו אם כל הגוף שלם והוא מכירו בטביעות עין יע"ש) והוסיף עוד בתשובה בספר הישר דפדחת וחוטם אינו רק סימנים ואין בו טביעות עין גמור רק שהוא כמו סימן מובהק אבל בטביעות עין אין חילוק בין תוך ג' לאחר ג'. וזה נראה לפע"ד כוונת התוספות בתחילה כתבו רק ההיתר במעידין אף אם אין פדחת וחוטם בשכל הגוף קיים ולא ירדו עדיין להתיר אף אחר ג' ימים. ולזה לא הוצרכו לומר דפרצוף פנים לא הוי רק כמו סימן דאפילו הוי טב"ע אפ"ה יש לומר כסברתם דדוקא בשאין גופו שלם אין מעידין ואולם אח"כ שבאו לומר דאפילו לאחר ג' ימים מעידין ואם היה שייך טב"ע בפרצוף פנים ואפ"ה אמרו במתני' דאין מעידין לאחר ג' ימים ע"ז כתבו דלא אמרו אלא בסימנים דהיינו כמ"ש בספר הישר דפרצוף אינו רק כסימנים וזהו לא הוי סימן רק בתוך ג' ימים אבל כשיש טב"ע דהיינו בגופו או שכל הפנים שלם מעידין אפי' לאחר כמה ימים:

ולפע"ד זהו דעת בעל העיטור שתמה עליו הב"י בא"ע ומסתברא דליכא סימן מובהק אחריכא בגופו אלא הכרת פנים כו' ולא סמכינן על שום סימן אחר אלא אהכרת פנים וכו' והקשה הב"י דמשמע מלשון העיטור דאין שום סימן אפי' מובהק מהני והרי הוא עלמו כ' גבי גט דמהני נקב יש בו נקב בלד אות פלוני ועל מ"ש הב"י כתב הרא"ם שהוא דחוק ואולם גם תירולו לפי ענ"ד דחוק שכתב דלא קאי רק אסימן בינוני דאין לשון העיטור מורה כן כלל ואולי דעת העיטור כמ"ש הרא"ם הובא בספר ש"מ בב"מ על הא דאמר דפליגי בשומא מלוי' בבן גילו ז"ל ואכי תמה על שאר הנולדים עם האדם כגון רגלו עקומה כו' אם הם מלוים בב"ג או לא ומה הפרש בין שומא לשאר החידושין ולמה דבריו יותר מכולן או שמא דברו עליה וה"ה לכולם אבל כשהעמידו מחלוקתם בשומא סימן מובהק וודאי אפשר דשומא דווקא היתה כו' וכן בסימנים עשויים להשתנות ונראה דזה דעת העיטור ג"כ דאת"ל דפליגי בשומא מלוי' בב"ג ה"ה לכל שאר החידושין הנולדים עם האדם שמלויים בב"ג רק פרצוף פנים עם החוטם אף שגם הוא אינו רק כמו סימן מובהק מ"מ אין לחוש שיהיה ב"ג דומה לו עד שאין הפרש כלל שזה מגדולתו של ממ"ה שאין דומין לזה בהכרת פניהם וה"ק העיטור שאין שום סימן מובהק אחריכא בגופו דהיינו הנולדים עם האדם דומיא דהכרת פנים כי על הכל יש לחוש שמלוי בב"ג אלא הכרת פנים בלבד אבל שנוים המתחדשים אח"כ כמו נקב יש בלד אות פלוני בגט מודה העיטור דמהני:

והנה כידון זה לר"ת וודאי שרי אולם אנת דרבים החולקים ומ"מ כתב הב"ש כשהוא ספק בתוך ג' ימים יש לסמוך על ר"ת להקל בשכל גופו שלם ויש טביעות עין גמור בו ובנידון זה משום שכאבד י"ד ימים ומלפניו פשוט דלא ילא מכלל ספק תוך ג' וכמ"ש הפוסקים לענין ילא קול מכח ממ"כ ויש עוד לעיין אם נמלא ההרוג במקום שאין רגל אחרים מלוי דהרי הט"ז בי"ד סימן של"ב הקשה לדעת מהר"ם דמוקמינן אחזקה בספק שמועה אם רחוקה או קרובה אמאי החמירו כאן בספק תוך ג' ימים והנה כתב משום דאיכא חזקת א"א יש לעיין דכמו שכתבו התוס' בכתובות דחזקת פנויה לא חשובא כלל נגד חזקת הגוף וכתב התה"ד בסימן ש"ג הטעם משום דבפנויה אין הגוף והענין משתנה א"כ הוא הדין חזקת א"א ראוי שלא יהיה כלל נחשב לעומת חזקת חיים דהוא חזקת הגוף כמבואר שם בסוגיא דמומין ואולי נאמר לדעת הש"ך כי באמת תמהו המפרשים מ"ש מחזקת טומאה לגבי מקוה ואפשר לומר דוודאי באשר שיש החזקות המתנגדות המה בגוף אחד כמו חזקת הגוף וחזקת פנויה בזה וודאי אמרינן דאם באנו לומר דנוקי אשה זו בחזקת פנויה ולומר כיון דמתחלה היתה פנויה גם עתה היא פנויה אמרינן אדרבה דאם נרלה להעמידה כדמעיקרא הרי בתחלה לא היה בה מומין ורואי יותר להעמיד גוף זה שלא נשתנה כ"ז שאפשר להעמידו מה שאין כן במקום דאמרינן העמד טמא על חזקתו דמעיקרא ואין להוליאו מחזקתו מפני חזקת המקוה שנמלא חסר וגם לפי שאר החילוקים שכתבו המפרשים שם לחלק בין חזקת פנויה לחזקת טומאה יעיין פנ"י ומהרי"ט אפשר לחלק בין חזקת אשת איש דהכא לחזקת פגויה מיהא. לפענ"ד נראה לפי מה דאיתא בב"ב סוגיא דרוב וקרוב דפרכינן אר"ח דאמר דהולכין אחר הרוב מהיות העיר הקרובה אל החלל ומוקים לה ביושבת בין ההרים הרי דאי לאו דיושבת בין ההרים הוי אמרינן דהרולח מרובא דעלמא וא"כ ה"ה בהכרלא אם באנו לומר כי זה הוא אשר אנו מדמין איכא למימר אדרבה זול בתר רובא דעלמא ולא ידעתי הפרש בין רולח לנרלא כלל ואפשר כי לזה כיון ב"ש בתירולו לקושית הט"ז שדבריו תמוהים יע"ש ויש עוד לד להקל מפני כי נמלאו כל בגדיו:

סימן טז

שאלה להגאון חתם סופר ז"ל:

ילמדנו רבינו הנה בחורף הזה גבר המים והנהר ההולך בתוך העיר שטף עבר גדותיו ויפול איש אחד הוא ושני ילדיו במים ויראהו אנשים מרחוק כאשר שטפוהו המים במרולותם ולא היה שיעור והיה זה ביום א' וביום ג' נמלא בכפר בגן שר אחד אלל שפת הנהר מת אחד ויקראו הכפריסו לישראל הדר שם ובני ביתו והעיד אחד לפני ב"ד כי מיד בראותו אמר כי זה הוא ה' בער אשר נטבע ביום ראשון פה בעירנו ולא

דלא היה עליו ומלבושיו אבל בטביעות עינו הכירו כי היה יודע אותו בחיים אבל אמר העד הזה כי כבר שמע שנטבע ר' בער ונפל למים והשני אמר כי בבואו לעת ערב לקבור את המנוח מיד כאשר ראהו הכיר כי הוא ר' בער אף כי לא ידע ולא שמע כלל כי נטבע ר' בער במים רק שמע שנפל אחד במים ולא ידע מי עד כי ראה אותו הכירו מיד עתה יורנו רבינו אם להתיר את האשה להתנסבא:

הנה העד הראשון יש ספק אולי נתפסה יותר מטעם מעת אשר ראהו וכבר אמרו בזה אף ר"ת מודה דהוי ספק דאוריתא והעד השני וודאי ראהו לאחר כמה שעות והנה להרי"ף כל היכא דאיכא חשש בדדמי אף בשני עדים לא מהמני ומכל שכן באיסתהי. והנה הרא"ש הקשה על הרי"ף דאם גם בשני עדים חיישינן לבדדמי א"כ כיון דמים כמלחמה דמי מה הוצרך לומר והא מאה נשים כעד אחד דמי וכו'. ולפענ"ד כראה דהרי"ף מפורש בעי דעל אחד במלחמה באומר וקברתיו וכמ"ש הנימוקי יוסף והריב"ש ואולם לדידי הבעיין הוא על דרך שכתב התוספות ובאופן זה דוודאי אם לא אמר קברתיו לא מהימן עד אחד ואפילו שנים לא מהמני מיהו אם אמר קברתיו בשנים וודאי מהמני דדוקא בע"א אם אמר קברתיו דתו ליכא למיחש לגבי העד דאומר בדדמי אם כאומנות העד מפני שהוא מלתא דעבודי לגלויי אזי כאמן אבל אם כאמנותו מפני שדייקא ומכנסא אף בקברתיו הינו נאמן דכיון שתשמע שמת במלחמה לא דייקא והעד עלמו אינו נאמן:

והנה במים אם יאמר העד ששהה שיעור שתלא נפשו בבירור באמת אין כאן בדדמי גם להרי"ף עכ"פ אם כשאת לא תלא רק חשש בדדמי במעיד שנטבע במים ומת אבל אם אמר בפי' ששהה עליו עד שתלא נפשו הוי כאומר וקברתיו דאם כאמנות העד משום מלתא דעל"ג לאוי שיהיה כה"ג נאמן אבל אם טעמא משום דייקא לא מהימן ולפיכך הוצרך לומר והא מאה נשים כע"א דמי דבשנים כה"ג דאמרו בפירוש היו נאמנים ודחי כגון דאסוקוהו לאלתר וקאמרי סימנים דכיון דאיכא סימנים עכ"פ איתרע חזקת א"א וכהי דספיקא הוי הו"ל ספיקא דרבנן עכ"פ כיון שאין כאן חזקה שוב ע"א מדיכא נאמן להסוברים בע"א דנאמן אף בדבר שבערוה כל היכא דליכא חזקה כמבואר בטו"ת מהרי"ק סימן ע"ב ולכך יש לסמוך על הנשים ועכ"פ שפתי הרי"ף ברור מללו דאף בשנים חיישינן לבדדמי ומכל שכן באיסתהי ובהרא"ש הינו מבואר בפי' היתר בשנים אף באיסתהי ואפילו לא ראתה הטביעה כחלקו הגאונים אליבי' וכמבואר בח"מ ובב"ש שאין זה בירור שאמין בלא ראה הטביעה וכמ"ש הב"ש בסעיף קטן ב' בשם הר"י בן לב לד אחד אליבי' דהרא"ש דאפילו בשנים ולא ראה הטביעה אפ"ה לא מהני באיסתהי ואם כן אין לסמוך לכאורה בזה להתיר:

ולדעת הר"ת כל שהכירו אותו בגופו אכן אם היה כל צורת פניו שלם ומעידין עליו אפילו אחר כמה ימים בין ביבשה בין במים והיסתהו אם כל גופו שלם. וכן אם צורת פניו שלם ומעידין עליו לעולם וראיתי בריב"ש וכן הביאו מהרא"ש בקו"ע דר"ת מודה במים והיסתהי שהרי עובדא דדוגלת שלם הוי ואפ"ה אמרו עלה דבאסתהי חיישינן וכפלאו דבריו ז"ל ממני דהרי את"ל כר"ת עכ"פ ביבשה אפילו לאחר ג' מעידין אם הגוף שלם או הפרצוף שלם וקשה לר"ת א"כ מאי פשוט מעובדא דדיגלת דר"י לקולא פליג דאם לא כן רבא דעבד כוותן דלמא גופו ופרצופו שלם היה וכמו שהוכיחו באמת ומשם דלא כר"ת כמ"ש הריב"ש שם וע"כ אם באנו לקיים דברי הר"ת ביבשה עכל"ל דעובדא דדוגלת היה באופן דאיכא למיחש כיבשה ואם כן שפיר קאמר באסתהי כה"ג חיישינן ושני דינים יבשה לאחר ג' ימים לאיסתהו במים דין אחד להם והרי עיקר שמוכות ר"ת דינו ביבשה משום דמתניתין בהכי איירי שאין הגוף והפרצוף שלם ולזה הוצרך שיהיה תוך ג' כיון דאינו שלם וכיון דע"כ

עובדא דדוגלת בהכי איירי אין לנו להוסיף לחוש באיסתהי מה שלא מלינו בחז"ל וכדברי התוס' לדעת ר"ת אבל באמת הוא דלהקת הפוסקים חולקים ובכל גוונא לא סמכינן להעיד לדידהו אחר ג' ימים כיבשה ואחר שעה באיסתהי:

וראיתי למוהרא"ש בקו"ע שכתב דאם כל גופו ופרצוף פניו קיים אם יש עוד ספק אם הוא בתוך ג' ימים יש להתיר מכח ספק ספיקא אולי הלכה כר"ת ואולי הוא בתוך ג' והן אמת דספק תוך ג' הוא דרבנן וקי"ל מספק איסתהי דספיקו מדאורייתא וקלת משמע מדברי נמוק"י בפרק בתרא דיבמות דכל ספק נתפח הוא דרבנן מ"מ אם גם הוא מדאורייתא מידי ספיקא לא נפיק וכאן יש ספק ספיקא דעדיף יותר דהרי להרבה פוסקים אם יש שני עדים וכן עד שלא ראה הטביעה אפילו באוסתהי מתירין ואולי הלכה כמותו ואת"ל אין הלכה אולי כר"ת ואולי הוא בתוך שעה לפליטתו מן המים ואולם הט"ז בסימן ק"י והחזיק אחריו הפכ"י בקו"א דכמה ספיקות לא מהני בחזקת איסור ומכ"ש בא"א והפלא"ה בכתובות סותר ראיותיו ולפענ"ד לא הבינותי דברי רבותינו ז"ל דכיון דאמרינן ביבמות ובבכורות סמוך מיעוטא דמפילות למחלה דנקיבות והוי זכרים מיעוטא וכן בחולין מיעוטי דכדומה למחלה דנקיבות והו"ל זכרים מיעוטא וא"כ כיון דהיכא רק מיעוט אמרינן סמוך מיעוטא למחלה בספיקות שקולות ומכ"ש דאיכא למימר סמוך פלגא לפלגא דליהוי רובא דעדיף מחזקה כדמשמע מסוגית הכ"ל. והנה בכתובות דף ט' ע"א ד"ה ואב"א הקשו התוספות בספק אונס אמאי לא מוקמינן בחזקת היתר ותירלו דאונס הוא מיעוט משום דל"ל קול והקשו שוב אם כן מאי מהני ספק ספיקא והקשה חכם אחד להריב"ש בתשובה סימן סע"ב דמאי קשיא להו דהא גם במיעוט אמרינן סמוך מיעוטא לפלגא והו"ל רובא דעדיף מחזקה וריב"ש תירץ דדוקא במחלה זכרים ומחלה נקיבות דהוא וודאי כן כי כן יסד המלך מלכו של עולם ית"ש בהא אמרינן סמוך מיעוטא לפלגא. אבל בספק אחר שאין ברור כ"כ כמו תחתיו ואין תחתיו שאין לומר כי וודאי הוא מחלה תחתיו ומחלה אין תחתיו לא אמרינן סמוך מיעוטא לפלגא ובלבד דקשה לדבריו ז"ל מניין לתוס' סברא זו בפשיטות עד שהקשו מכח זה על התלמוד. ואולם מלבד זה הרי התוס' בנדה דף י"ח ע"א ד"ה שליא וודאי לא ק"ל כן דהרי דחו דעת רש"י ז"ל דס"ל כי כמלא שליות מועטים שאין בהם וולד כלל דא"כ אמאי שליא שילאה מקלתה אסורה באכילה כאמר סמוך מיעוטא שאין בהן וולד כלל לפלגא שלא ילא רוב הוולד והוי ילא רוב הולד במקלת שליא בלבד מיעוטא וליסתרי הרי גם בספק שאין לומר בו מטעם המלך ית"ש ואפ"ה כתבו שיש לומר סמוך כו':

וראיתי בש"מ לכתובות שדחה דברי ריב"ש בסתם וכתב לתרץ קושיא הכ"ל על התוספות בכתובות כי אין סמוך מיעוטא דומה למחלה דאין תחתיו כיון שהוא שני ענינים דלגבי האי איכא פלגא ולגבי האי ספק איכא רובא לא שייך לצרפם יחד דדוקא מיעוט דמפילות למחלה דנקיבות דהמיעוט והרוב תרווייהו מגרעים כח מחלה דזכרים מחד טעמא אבל במחלה תחתיו אין לגרע כחו מפני מיעוט שבאונס שים לעומתו רוב דרלון ואין לצרפו עכ"פ למחלה דאין תחתיו שאינו מעניננו וטעמו כלל וצריכין לחלק לדעתו ז"ל בין מה בעודה קטנה ופיתוי קטנה אונס דשם אונס חד הוא דמשמע דבשיווי בטעם מגרע ס"ס. ונראה דדעתו של הרב ש"מ נכון דכל שאנו באין לומר סמוך מיעוטא לפלגא או אפילו פלגא לפלגא ולעשות הלד השני כמיעוט מפני זה צריך שיהיה מטעם אחד כמו במיעוט דמפילות ומחלה דנקיבות בכל ענין אין שם זכר האוסר אבל בספק אונס וס' רלון ואת"ל רלון אולי בקטנות הרי אין ספיקא דקטנות ממעט מחלה דרלון בגדלות וההיתר רק מפני שיש ספיקות רבות ובזה שפיר אמרינן כיון דשם אונס חד הוא ליכא ס"ס כמלא לדעת הש"מ כל שאנו מתירין מטעם סמוך לריך שיהיו שני הלדדין מטעם אחד ומגרעין הלד השני ושוב הוי כמיעוט ואע"ג דליכא רק מיעוט מליכו לסמוך לפלגא אבל היכא

דאין מגרעין מטעם אחד אין להתיר רק מפני שנראה לפעכ"ד דא"א לומר כלל היכא דיש כאן שני ספיקות שמניהם מגרעין הלד האוסר מטעם א' שלא יהיה כרוב ואף להריב"ש עכ"פ בספיקות שקולות א"א לומר שלא יהיה כרוב כיון דבהדיא אמרי' דאפילו ב' מיעוט אמרינן במחלה דנקבות עכ"פ סמוך מיעוטא דמפלת כש"כ דאיכא לומר כן כשהספקות שקולות רק באין שני הלדדין מגרעין מטעם א' אז יש לדין אם ס"ס עדיף ומהני לעומת החזקה או לא אבל זולת כן הוא לכאורה כנגד התלמוד ב' או ג' מקומות האמורים ולפ"ז בכגון זה שספק איסור הוא אולי איכנו האיש אשר אנו מבקשים אף שכדומה לנו כמותו ויש לנו לדדין כאלו המגרעין מטעם א' לכאורה יש לסמוך על הספק ספיקא הנ"ל :

וי"ש מקום עוד לומר עפ"י מה שכתב הריב"ש בתשובה בסי' שע"ע דבהכי דר"א בן פרטא אע"ג דאיכא רובא דאילו שאינם חיים מ"מ נותנין חומרי חיים משום דאיכא תרי חזקות לעומת הרוב חזקת חיים דגברי וחזקת איסור דאיתתא ואין דומה למים שאין להם סוף דהוי מיעוטא דמיעוטא הנמלטים . וזה שכתב הריב"ש דיש בדר"א רוב מבואר להדיא בב"ב דף קי"ג ע"ב והכו"פ חשב כי מלבו ענה זאת הסברא ומה שכתב הכו"פ להכריח דאפילו לעומת ב' חזקות אזלינן בתר רוב מפרס אדומה אע"ג דא"ל שמא במקום נקב קא שחיט והוי חזקת איסור · ולפעכ"ד ליתא דהרי בהמה בחייה בחזקת שאינה נקובות אברין והראש בכלל וכמבואר בי"ד. והנה הריב"ש לא קאמר רק היכא דאנו באין לומר שאין כאן מת כלל אבל במילא אחד מת לכאורה לא שייך לומר דנוקי בעל אשה זו בחזקת חיים והנטבע אחר היא דהרי גם לאחר יש חזקה זו חזקת חיים וכ"כ הכו"פ בסימן כ"ג ומוכרח כן דרמי בסימנים גט אמיתה. מיהו מה שכתב הכו"פ שם דלדעת הריב"ש אם ראו שנטבע אחד במים שאין להם סוף אע"ג שלא שהו עליו עד שתלא נפשו אם העלו אח"כ אדם אחד אף על פי שאין מכירין אותו אמרינן כי זה הוא הנטבע מכח רוב וחזקת חיים אין כאן כיון שוודאי נטבע אחד ומת במים אין נראה דא"כ איך פשט מעובדא דדיגלת דר"י בן בתירא לקולא פליג דאם לא כן האיך התיר רבא והא התם כיון דוודאי נטבע האי גברא ומילא א"כ אחד ליכא ממילא איסור תורה ולכך לא חיישינן אפילו לאחר ג' ימים וה"ה במים שאין להם סוף אין ראיה אם שהה עליו דחיישינן לאחר ג' ימים ומ"ל למיפשט בעיין לקולא אלא דע"כ דהא ליתא וטעמא משום דאיכא למיחש לרובא דעלמא וכמ"ש החכם השואל בכו"פ שם ומה שכתב הכו"פ דאטו בעל האשה איכו מרובא דעלמא לפעכ"ד ליתא דכל כה"ג שבאנו לומר דזה הנמלא הוא הנטבע יש לנו למיחש לרובא דעלמא וכמו בע"ע דמוכח בתוס' שם דאפילו בעיר שלימה אם איכא רובא דעלמא אמרינן אולי זה הנרלח הרגו א' מרובא דעלמא כמ"ש הירושלמי שם וכן בסוף פ"ק דכתובות אבל בזה כראין דבריו ז"ל שם דאם פניו ניכרין שוב לא שייך לומר רובא דעלמא דעכ"פ כיון שידוע שנפל למים אזיל חזקת חיים דיליה דהרי נותנין עליו חומרי מתים לענין תרומה שפיר יש לסמוך אספק ספיקא ולהתיר דהרי הש"ך מתיר היכא דאיכא שלשה ספיקות בחזקת איסור:

סימן יז

ע"ד האשה אשר הועד על בעלה כי קפץ בנהר דונאי ונמלא אח"כ אדם א' שהיה בו סימנים בגופו ובכליו כאשר היו בבעל האשה הנטבע והחליט מורי הגאון אבד"ק פ"ב ז"ל שהמה סימנים מובהקים. ואולם אין על עדות זו שני עדים כשרים רק ע"א וטרם שהעידו והתירו ב"ד את האשה קלקלה האשה וילדה לזנונים ועתה חוקר ומעכ"ת כי' אם יש להתירה אחרי כי כבר נאסרה על בעלה הראשון ואין כאן חומר עוד אללו רק משום בעלה השני ואולי לא דייקי בשביל זה וכבר חקר הכו"ב קמא בזה אה"ע סימן מ"ב וכתב שראה כן בבעל המאור והנה כן נמלא בבעל המאור ביבמות דף ל"ד ע"א ומקיים בזה הגירסא שמחק רש"י קמ"ל אקילקולא דידה חיישא ואקילקולא דזרעא לא חיישא ופירש הרז"ה כי אין כאן בע"א ביבמה קילקול אלא דידה דהא מסניא ליה ואי משום בעל שני בלא"ה יוסבת גלמוד (איכנו יחיד בפירוש הזה כי כן כתב גם הרשב"א והריטב"א בחידושיו בשם הרמב"ן גם הרא"ש בתוספותיו כתב כן בשם ר"מ) אלא שהכו"פ כתב שם דמדברי הירושלמי שהקשו ויקנסו אלל בעל שני ולא אלל הראשון ומשני משום ריח ערוה נגעו בה משמע דגם אם לא היה חומרא אלל בעלה שני היתה ג"כ דייקא ומורי הגאון ז"ל דחה דבריו דוודאי לא יעלה על הדעת כי יעשו חומר כדי שיאמנין כו' אין זה סברא דמשום כך תקנה חומר כדי שיאמנין ע"א ורק כיון שיש חומר ממילא ע"א כאמן. ולכך פריך שפיר ויקנסו אלל הבעל השני ולא אלל הא' וליכא למימר דאי לא היה ע"א נאמן כי כבר אמרנו שאין זו סברא ומעכ"ת כי' כתב כיון דמשני מעיקרא בירושלמי דהו"ל למידק דהייכו דייקא ומנסבא ופריך א"כ ויקנסו אלל בעלה שני ומשמע עכ"פ בזה תהיה דייקא ודלא כבעל המאור וע"ז יש לפקפק דהו"ל למידק דקאמרין בירושלמי אין הכוונה דייקה ומנסבא רק קנס בכל דהוי לה לעשות דאיתא בתלמודן ביבמות דף ל' וע"ז פריך שאין ראוי לקנוס את בעל הראשון בחנם ואין זה קיוע לבעה"מ אבל מ"מ מה שכתב מורי הגאון ז"ל כי מוקלה מן הדעת לומר שיתקנו חומר בקופה כדי להאמין ע"ז לא ידעתי לרב דפסק כר"ש וכן רב פשט לכ"ע בכיסת עפ"י שני עדים מותרת לחזור לו ואין כאן חומר רק בעד אחד וא"כ איך היה אפשר לתקן חומר אם תנשא עפ"י ע"א הרי כל עוד שלא תקנו חומר לא היה ע"א נאמן כי לא היתה דייקא והרי היא בחזקת אשת איש ומה לריך היה לתקן חומר בקופה אם תנשא ויבוא הבעל כי גם בטרם בואו תלא ממנו וע"כ התקנה מתחילה כך היה שהחמירו עליה ומתוך כך יהיה נאמן ע"א ומ"מ מבלעדי הוכחה איכא למימר דהירושלמי סובר טעמא דעבידא לגלויה בע"א והרי לפי הירושלמי ע"א במלחמה נאמן וכמ"ש בשם הרמב"ן עיין ר"פ האשה שלום ומ"ש מעכ"ת כי' דהכו"פ בזה אזיל לשיטתו דהוא כתב בסימן כ"ז להוכיח מהא דיבמות דאין נאמן לומר נתגיירתי בב"ד של פלוני מכלל דהיכא דאתחזק אסורא ד"ת אפילו במלתא דעבידו לגלוייה אין עד אחד נאמן. הנה לפעכ"ד דברי הכו"פ שם תמוהים ביותר דמאי מייתי ראיה משם הרי עכו"ם איכו נאמן בעדות אשה אם מתכוון להעיד אף על גב דהוי מלתא דעבידי לאגלויה באורייתא מכלל דבעכו"ם אף במלתא דעבידי לאגלוי' פיהם ידבר שוא וא"כ איך אפשר להאמינו אם אמר נתגיירתי כבר אם לא נתגייר ועודנו עכו"ם חשוד הוא אכליכו לשקר אף במלתא דעבידי לאגלוי' ולדידי בלא"ה יש לדחות דהירושלמי לא מלי לתרולי דלכך קנסו גם הראשון דא"כ לא היה ע"א נאמן דהירושלמי אולי רולה לתרן גם לדידן דקיי"ל דאף בשני עדים תלא מזה ומזה וכל הדברים אלו בה וכן נראה שם בירושלמי לקמן על הא דר' שמעון דר"י דמשני הכי משום ריח ערוה ס"ל דלא כר"ש ואם כן בשני עדים היה קשה למה קנסו אלל בעל הראשון אם לא משום ריח ערוה באופן שאין מדברי הירושלמי סתירה לדברי הרז"ה וכבר אמרתי כי הרמב"ן וכן הגדולים מעתיקי תירולו נראה דכוותיה סבירא להו ולא היה ראוי להתיר מה שהוא אסור לדעת הגדולים האלה אבל כיון דבאמת הפוסקים כולם הומה פה אחד להתיר ע"א להעיד שמת יבמה מלבד הרא"ש והטור שהעתיק דבריו (ובדעת הרא"ש לידד לומר שלא היה חולק רק כמתניה לולי הטור שהעתיק דעתו) וע"כ טעם דע"א נאמן וסגי דייקא כ"ש אע"ג דאיכא למימר דמסני' ליה ולא חיישא אפילו לקלקולא דבעל שני אפ"ה מהימן ע"א וכבר כתב הרא"ש בתשובה שהעתיק הכ"מ ר"פ י"ג מהלכות גירושין בתוך דבריו דלכך הולרך הרמב"ם לומר בע"א דקטטה דלכך לא מהימן ע"א אולי שכרתו משום דאיפשט בעיא דע"א ביבמה והיה לך להתיר בקטטה גם אם לא היה הפשט שכרתו יע"ש. ואם כן הוא ג"כ להרז"ה והרמב"ן דקוברים דמשום בעל שני איכה דייקא אפ"ה מהימן האי עד בכידון זה משום דלאו טעמא דע"א כאמן משום מלתא דעבידי לאגלוי' וסגי דייקא כ"ש כמו ביבם:

והנה מהא דעד אחד ביבמה דקיי"ל לרוב פוסקים כאמן וכתבו דמקילין במקום עיגון היה אפשר לומר דאין ראיה לנידון זה לפמ"ש הבו"ש בחלק אה"ע סימן כ"ד דיבמה לשוק לא מקרי דבר שבערוה לדידן דקיי"ל שומרת יבם שזינתה מותרת ליבם והוולד כשר. וכן משמע מדברי המרדכי שהביא הבו"ש שם מעתה לשיטת הרשב"א וסיעתו דס"ל דע"א נאמן באתחזק איסורא דאפשוט בעיין ריש האשה רבה מהך דכריתות וכמו שהאריך הרשב"א בחידושיו שם והביא הש"ך בי"ד סימן קכ"ז פוסקים דס"ל הכי. ולדבריו גם דעת הרמב"ם נוטה כן אם היה אפשר לומר דאע"ג דמקילין ביבמה לשוק מכל מקום אין להקל בעד אחד המעיד באשת איש לומר מת בעלה היכא דלא דייקא כיון דהוה דבר שבערוה:

רק לפ"ז צריך להבין הא דקאמר בעד אחד ביבמה משום דמסכי סניה ליה לא דייקא ויקשה לכאורה אף דלא דייקא אמאי לא יהיה נאמן כיון דלא הוי דבר שבערוה ועוד כאמן באתחזק איסורא. ולכאורה היה מקום לומר דבעי לרב המנונא דס"ל שומרת יבם שזינתה אסורה ליבם ויתישב בזה מה דקשיא לי מאי פשוט רב ששת ממתניתין דע"א נאמן ביבמה לעיל מה שכתבו התוס' והרא"ש לעיל דף ל"ג ד"ה אבל חכמים לחלק בין קלקולא דאורייתא לקילקולא דרבנן דלקלקולא דרבנן וודאי לא חיישי אבל אקילקולא דאורייתא איכא למימר דחיישי ולכך ס"ד דלר"ע תהיה היא עלמה נאמנות ואכ"ק מאי פשוט הש"ס הא מתניתין ע"כ אתיא כר"ע וכמו שכתב התוס' בדיבור הנ"ל וא"כ לר"ע דאיכא קלקולא דאורייתא ולכך סומכין על עד אחד דעכ"פ דייקא קלת אבל לרבנן דליכא קלקולא דאורייתא מנ"ל דע"א נאמן כיון דלא דייקי כלל אבל אם נאמר דסוגיא קאי לרב המנונא ניחא דלדידיה מקלקולא מדאורייתא אבל רחוק לומר כן דהרי רב אשי דקאמר לר"ע איצטריך ע"כ ס"ל דלרבנן ליכא קלקולא ודלא כרב המנונא וא"כ אמאי לא יהיה עד אחד נאמן כיון דלא הוי דבר שבערוה ואם נאמר דסוגין דיבמות דף ל"ד דמסתפק בע"א ביבמה אם טעם נאמנות מעד אחד משום דדייקא כיון דסני' ליה א"כ להרשב"א וסיעתו דס"ל דע"א נאמן באתחזק איסורא אין ראיה מע"א ביבמה לנידן זה שאנו בו:

ולפ"ז אין ראיה מן הפוסקים בע"א ביבמה דנאמן להתירה לשוק לכל הפוסקים מלבד הרא"ש והטור דהתם לא הוי דבר שבערוה וכאן הוי דבר שבערוה ורק דלפ"ז יקשה מאי שעמדתי לעיל על פשטיה דרב ששת דמאי פשוט ממתניתין דאתיא כר"ע לדרבנן דלמא לר"ע מהכי משום דאיכא דייקא דמקלקלא מדאורייתא מאי שא"כ לרבנן כיון דאתחזק איסורא ליצרך לפי סוגין שנים ודיוקא ליכא לא מהימן ע"א וצריך לומר דפשיטא ליה דאם צריך לנאמנותו של עד דיוקא דידה אי אפשר להאמין ע"א ביבמה משום דמסכי סניה ליה וליכא דיוקא ואין הפרש בין ר"ע לרבנן דגם לשיטתם ליכא דיוקא ולא משמע כן מתוס' ד"ה כי תבעי שמחלקים בין דיוקא דהכי דאף את"ל דעד אחד ביבמה נאמן אפ"ה איכא למיבעי' בע"א בקטטה וכו' יע"ש. ואם הוה ס"ל יבמה לשוק לא הוי דבר שבערוה לא הייתו צריכים לטעמא דדייקא לשיטתו דס"ל דע"א נאמן באתחזק איסורא וכן מה שפלפל הרשב"א שם בתשובה הנ"ל אם נאמן לומר שים לה אח לפוטרה מיבום במה שנחלקו הראב"ד והרמב"ם היה לו ז"ל על כ"פ לומר דלאו"ז שיהיה נאמן בכל ענין כיון דלא הוי דבר שבערוה:

אבל זה שהחליט הבו"ש דיבמה לשוק לא מקרי דבר שבערוה וכן מורה לשון המרדכי שהביא שם (וכיוצא בזה כתב בספר התרומה בהלכות חליצה) צ"ע דסוגיא דקידושין דף ס' ע"א לא משמע כן דאפליג אביי ורבא באשתו שזינתה בע"א דלאביי ורבא איכו נאמן משום דהוי דבר שבערוה ואייתי אביי ראיה ממעובדא דינאי המלך דע"א נאמן והרי התם לא הוי רק איסור כהונה שהיה אומרים עליה שנישבת במודיעים ושאה אביו של ינאי וכפירש"י שם ואפ"ה מייתי ראיה מינאי לדבר שבערוה וכן מאי מייתי ראיה מבן גרושה דאין ע"א נאמן ומיהא בזה י"ל דהייני לר"ע דאמר הכי שם בקידושין ולדידיה כיון דס"ל יש ממזר מחייבי לאוין ולאחד תנא לר"ע אפילו מאיסורי כהונה א"כ לדידי גם גרושה לכהן הוי חייבי לאוין ורבא הכי קאמר לדידי איכא למימר דהאי תנא הוא אליבא דר"ע דס"ל דאין קידושין תופסין בחייבי לאוין דכהונה ג"כ ולדידיה הוי דבר שבערוה וכמ"ש המרדכי לענין שומרת יבם כנ"ל אבל מהא דשבויה דאייתי אביי ראיה מינה קשה לדברי המרדכי והבו"ש:

ולפמ"ש הראב"ד דסוגיא דיבמות דף י"א וסוגיא דריש סוטה פליגי אהדדי ולפי סוגיא דיבמות צרת סוטה פטורה מן החליצה ומן היבום משום דטומאה כתיב בה כעריות ולפי סוגיא דסוטה צריכה חליצה (ועיין רא"ש פרק ו' דיבמות סימן ה') ואיכו מחלק בין סוטה וודאי לסוטה ספק וכמו שחילקו הראשונים שם והך הפרש לדעתי ג"כ כי ביבמות יליף דאסורה מן טומאה שכתב רחמנא בסוטה כעריות וברפ"ק דסוטה יליף לה מולאים אחר ולא ליבם וכן רבא יליף לה מק"ו יע"ש. משמע דליכא למילף מן טומאה דכתב בה כעריות והרי הא דאמרינן דאין דבר שבערוה פחות משנים ילפינן מכי מצא בה ערות דבר ויליף גז"ש דבר דבר מסוטה דתפסו בה קידושין והוולד כשר ואין שם רק לאו גרידא ורק טומאה כתיב בה כעריות וכמ"ש הבו"ש בחא"ה שם ובסימן כ"ה והיינו לפי סוגיא דיבמות דילפינן מהא דטומאה כתיב בה כעריות למשוי אותה כערוה אבל לפום סוגיא דסוטה דלא משוינן לה כערוה מלשון טומאה דכתיב בה ואפ"ה צריך ג' מגז"ש דדבר דבר א"כ מוכרח דכל ביאה אסורה מקרי דבר שבערוה וצריך שנים איכא למימר דסוגיא דקדושין דחשיב שבויה לדבר שבערוה הכי ס"ל ובפרט דרבא גופיה בסוטה משמע דלית ליה הך דיבמות וכן אביי קיבל מרב יוסף מאי דמסכי ליה בסוטה יע"ש: ואפשר דהמרדכי שם דחשיב יבמה לשוק רק דבר בערוה אם אין קידושין תופסין בה ולא במקום שקידושין תופסין כראב"ד ס"ל ולכך לפי סוגיא דיבמות דסוטה טומאה כתיב בה כעריות וחשיב כערוה אין לנו להצריך שנים רק בעריות ולא בשאר חייבי לאוין אשר קידושין תופסין בהם וסוגיא דקידושין לא סברי הכי אבל התוס' והרא"ש לית להו הא דהראב"ד כי הם מחלקין בין סוטה וודאי דחשיב כערוה וכמ"ש התוס' ביבמות וכן בריש סוטה כתבו דעל סוטה וודאי דכתיב דבר ילפינן דמיירי בשנים כתיב טומאה כערוה ולא על סוטה ספק. ולפ"ז אין כאן מחלוקת ולא עוד כי גם להראב"ד איכו מוכרח דסבירא ליה דגבי בעל לא תהיה סוטה כערוה כיון דכתיב ביה טומאה ורק לגבי יבם ס"ל סוגיא דסוטה דאין לאוסרה מפני טומאה דכתיב בה לגבי בעל ולכך הוצרך ללמוד מולאים אחר ולא ליבם באופן כי לכאורה משמע בבירור מהך דקידושין דכל ביאה אסורה מקרי דבר שבערוה להך דיכא דצריך שנים ואם מקילין בע"א ביבמה מכלל דס"ל בדיוקא כ"ש אף דלגבי בעל שני דעיקר כסמך על מלתא דעבידא לאגלויה ואם כן אף לבעל המאור וסיעתו נראה דאפשר דסמכינן בכה"ג על עד אחד:

ובחידושי רשב"א ריש גיטין ראיתי שכתב להקשות מ"ש דמהימן באיסור ולא יהיה השליח נאמן להביא הגט וכתב בתחלה דהתם הטעם משום חומר בסופה הקילו עליה בתחילתה ודחה זאת כיון דבכל ספרים גרסינן אלא משום עגונה אקילו בה רבנן וכתב אה"כ חילוק דבכל גט ליכא עיגון כ"כ דהרי אפשר לשלחו בשנים יע"ש:

ולפ"ד לפי המסקנא אף בלא שום חומר בסופה מקילין בעד מיתה משום עגונה רק שהדבר תמוה דהרי בע"א ביבמות וכן בע"א במלחמה וקטטה מספקינן בכולהו אם הטעם משום עבידא לאגלוי' או משום דיוקא וכי נאמר דכל הנך סוגיא רק לפי הה"א ולא לפי המסקנא זה תמוה:

ולפמ"ש הבו"ש בחא"ה בתשובה זו דאין פירוש דייקא

ומכנסא דעפ"י דיוקא מתירין אותה דא"כ איך מתירין אותה לינשא מיד אם העיד העד שכבר מת לפני ג' חדשים ועוד קטנה מאי איכא למימר ואם נאמר דבאמת אין מתירין אותה עד שתגדל א"כ ליבעי ג"כ בע"א בקטנה אם נאמ' דטעמא דעבידי לאגלוי' אז נאמן בקטנותה ולטעמא דדייקי אין מתירין אותה רק כשתגדול אלא פירש דייקא דלכך ירא העד לשקר כי ירא שתידוק ויוודע שקרו וזה שייך ג"כ בקטנה דעכ"פ ירא שתשקר כשתגדיל יע"ש. ולפ"ז אם לא ידע העד מקלקולה ולא ידע שנאסרה כבר על בעלה הראשון או שעכ"פ העיד בב"ד לפני זנותה אף שלא הותרה אז היה ראויה להיות נאמן גם לפי דעת בעל המאור אבל לא ידעתי מה יאמר הנו"ב בחרשת שהשיאה אביה ובא ע"א להעיד על מיתת בעלה מאי דייקא איכא ואמאי לא בעי תלמודא בחרשת דכ"מ בין טעמא דעבידי לגלוי' ובין דייקא דבוודאי רחוק לומר שיחוש העד פן תתפקח ותידוק שהרי ביבמה ג"כ איכא דלא סניה ליה ואפ"ה אי טעמא משום דייקא איכו נאמן:

וכבר היה אפשר לומר להיפך דלכך לא קאמר תלמודן כ"מ בין טעמא דעביד לאגלוי' לטעמא דדייקא בחרשת וקטנה משום לטעמא דעביד לאגלוי' צריך טעמא דדייקא כ"ש וכמ"ש התוספות דבקטנה וחרשת ליכא דייקא כלל ולכך גם לטעמא דעביד לאגלוי' איכו נאמן ומכל מקום קשה לומר דלא נשתמיט למימר דבקטנה וחרשת שהשיא אביהן אותן אין ע"א נאמן גם רחוק לומר דקרובים המשיאין אותן דייקי כי לא שייך ולומר בסופה בקטנה וחרשת וכ"ש להסוברים פיתוי' קטנה אונס הוא. ואפשר דהכא לישא אותה דייק שלא יכשל באיסור אשת איש אחרי כי יודע שהיא לא דייקא וצ"ע:

וייש להביא ראיה לנידון זה ממה דאיתא ביבמות דף ל"ב ע"א דר"כ דאמר תדע דהוראה היא דבכל התורה כולה ע"א לא מהימן לאו משום דהוראה היא וכפירש"י וה"כ אדעתיה הוא דסמיך דכל אשה דייק ומכנסא ומלא דטעו בהוראתן דהא לא דייקא ואיכנסא ורבא אמר תדע דטעות הוא דאלו הורו ואילו היכא דאתי ע"א שרינן לה אתי תרי אחריכא אסרינן לה כי הדר אתי ע"א אחריכ' שרינן לה (ופירש"י דאמר עכשיו מת שרינן לה) מ"ע לאו משום דטעות הוא ופירש"י דקמא אטעיין והאי בתרא מהימן דאי קמייתא הוראה דאדעתין סמכינן הא חזינן ע"י שנים אלו דלא אורינן שפיר הכי מלינן למהדר לדעתין קמייתא הכה משמע דקאי גם רבא על היכא דשרינן לה עפ"י עד הראשון דהרי כולם קאי על היכא דניסת עפ"י ב"ד וגם דאם לא ניסת לא הוי מוכח דטעות הוא דלעולם הוראה וכדאמר ר"כ דאדעתין סמכינן דהיא דייקא וא"כ בזו שלא ניסת כדין הרי לא נראה כלל שטעו בזה דהא אדרבה באמת לא ניסת עפ"י עד המשקר וע"כ בניסת עפ"י ע"א הראשון המשקר וכ"כ הש"ס ריש פרק האשה רבה סוף סימן א' דאם בא ע"א והעיד אפילו אשתכח שיקרא עפ"י שנים ותלא מן הבעל הניסת לו אפ"ה אם בא ע"א ומעיד שרינן לה וכתב דמוכח הכי לקמן. וכיון לזה שאמרנו והרי כאן כבר אסורה על בעל הראשון אפ"ה משרינן אותה עפ"י עד השני. וכ"מ ממש התוס' בכתובות דף כ"ו ע"ב בד"ה אבן אחתינן בתוך דבריהם בשנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת דלאע"ג דבשנים ליכא חומר בסופה מ"מ היכא דמכחישין זה את זה איכא חומר והיינו גם אם אמרו שנים מת וניסאת ואח"כ באו שנים ואומרים לא מת דלכ"ע לא תלא ואפ"ה דייקא וכמ"ש הא"ל בתשובה סימן ג' דעכשיו היא דייקא ומי לא עסקינן דקמא כהן דוודאי אסורה לחזור לו דאף באונס אסורה אפ"ה דייקא. ויש לדחות:

סימן יח

בעזרת השם יתברך אור ליום ו' עש"ק ז' מרחשוון תר"ב לפ"ק אונגווואר יע"א:

ישאו הרים שלום חיים וברכה עד עולם לכבוד ידיד ה' הרב המאה"ג הגאון המופלג פאר עמו ויקרו. ומראק יפין עכן אורו. ירא ויחזו הודו והדרו. לדיק מושל בי"א כקש"ת מוהר"ר שמואל זנוויל נ"י ללנא הגאב"ד דק"ק פרעמישלא והגליל יע"א:

נעימות ימינו ביד הרבני מוהר"ר שמואל נ"י בהגאון מדינאב זצ"ל הגיעוני והנה היה אז הימים הקדושים אשר חלפו עלינו לטובה בעזה"י אשר השתרגו עלי טרדות רבות. וגם אחרי כן לא נפניתי ובפרט כי הדרת גאונו נ"י יושב ודורש בענין חמור באיסור א"א כרוחב לבבו הטהור ולבבי יחול לפתוח בזה ומ"ש למרחוק במקום אשר אינם צריכים לי כלל ומעכ"ת נ"י יודע את אשר כתב החלקת מחוקק בסי' י"ז סוף סעיף קטן י' יע"ש ואם כן דיבר הארז בלבנון מה יאמרו איזובי הקיר עד שכמעט נואשתי להשיב כלל ובפרט כי על הבא בשיטה אחריכא במכתב קדשו לא אוכל להשיב כלבבי. ואולם אמרתי כי עכ"פ לאו אורח ארעא לחשות לגמרי פן יהיה ח"ו כמזלזל בכבודו לזאת לקחתי שבוע זו איזה שעות בלילה לעיין בדברי קדשו ולבוא בדברים מעטים לפניו ומעלת כת"ר נ"י את אשר יבחר יקרב:

וישורש החקירה באשה אשר נישאת לאיש אשר החזיק עצמו לג"ץ ונינה עצמו יצחק בן אברהם וגם כתב תעודה ומילה היה לו על ככה ואחרי מספר חדשים עזב אותה גלמודה ועגונה ויבואו שנים ויגידו כי האיש ההוא לא גר הוא ולא יצחק בן אברהם שמו כי אם אייזק בעל מלחמה ומת במדינת הגר ולאשר לא היה עדותן מבוררת כ"כ אמרה האשה העגונה אל האנשים שישובו ללכת אל המקום אשר אמרו כי מת בעלה שם ואם יביאו עדות מספקת להתירה תתן להם שכרם ותתן משכנות על זה וילכו ויביאו עדותם כי איש אחד בשמו אייזיק בעל מלחמה מת שם פתאום ויגידו תואר קומתו קלסתר פניו לבע זקנו ועניכו כי החזיק עצמו ג"כ לרופא ונשא ונתן בדברים קטנים וסימנים כאלה נודעו בבעל האשה הזאת אך לא ידעו שם במקום מיתת אייזק בעל מלחמה כי היה לו אשה במקומו וכי היה שמו שם יצחק בן אברהם רק קול בעלמא הגיד ע"א ששמע כי היה רגיל להחזיק עצמו בגר ג"כ ואין יודע הכל זולתי שני עדים הראשונים ואלה נוגעים בעדותן וכבר הביא הנו"ב קמא באה"ע סימן כ"ז כי מהריב"ל ומב"י פוסלים נוגע בעדות וגם מהרא"ם בקל"ע פוסל נוגע בעדות לומר מת בעלה ומהר"ס ב"ח בספר גט פ"ש ועזרת נשים הסכים גם כן לפסול והנו"ב נוטה שם להקל ונכה ראיותיו ולא מלאתי לבי להשיב את האמרי לולא כי מעון אריות הנזכרים כולם פה אחד לפסול ישאגו בקול. לזה אמרתי לעיין בראיותיו של הגאון נו"ב והנה ראיה ראשונה בסימן כ"י באשר מבואר ביבמות ריש פרק האשה רבה דמעיקרא בעי לומר סברא הוא ומידי דהוה אחתיכה ספק חלב ספק שומן ודחי מי דמי התם לא אתחזק איסורא הכא אתחזק איסורא ומסיק מתוך שהחמירת עליה בסופה הקלת עליה מתחלתה ופירש"י ולא נסבא עד דדייקא שפיר הרי דאילולי חזקת איסור היה אחד נאמן כמו בחתיכה ספק חלב ספק שומן וכיון דדייקא ומנסבא שוב איתרע חזקה והויא כשאר איסורין והרי בשאר איסורין נוגע בדבר נאמן וכדמוכח מפירש"י ה"ה בעידות אשה ג"כ אפילו נוגע נאמן ותמוה מאוד להוכחתו זאת דהרי בשאר איסורין אפילו פסול עבירה מדאורייתא כשר להעיד בשאר איסורין דמומר לדבר אחד לא הוי מומר לכל התורה כולה דלא קי"ל כר"מ וכמבואר בי"ד סימן קי"ט ושם בסימן קכ"ז בש"ך סעיף קטן כ' שהאריך בזה ואם כן ראוי להאמינו גם כן בעדות אשה לפ"ד דמוכח דייקא ומנסבא הוי כשאר איסורין זה מבואר בכל הפוסקים דפסול לעדות מחמת עבירה פסול לעדות אשה לכ"ע ולע"ג על הנו"ב בזה אע"כ דאף ע"ג דמשום דייקא ומנסבא הקילו מ"מ לא הוי כשאר איסורין ולא האמינו חז"ל לפסול מחמת רשעו כיון דחשיד לשקר א"כ גם נוגע דחשיד לשקר מפני נגיעתו איכא למפסל:

וכ"ש אם נאמר דדבר שבערוה אפילו לא אתחזק איסורא אפ"ה אין ע"א נאמן וכ"כ הש"ס בשמעתא וי"ד

ואיתי לי כי ימים רבים טרם ראיתי דברי הגאון בש"ש הוריתי כן מטעם שכתב הגאון ז"ל דגם בממון אפילו לא אמר כנגד חזקת ממון אפ"ה אין אחד נאמן ודברי מהרי"ק בשורש ע"ב צ"ע בזה א"כ וודאי אף דדייקא ומנסבא מרעי לה לחזקה אפ"ה אין לנו להשוות עדות אשה לשאר איסורין ועכ"פ מדפסלינן עובר עבירה דאורייתא לעדות אשה מכלל דאין עדות אשה שוה לעדות איסור דעלמא אם כן אין הכרח כלל לומר דנוגע כשר לעדות אשה ודברי נו"ב צ"ע:

וראיתי לדברי ש"ג שהביאו האחרונים דדווקא ה' נשים שמוחזקות זה את זה אין נאמנות אבל הזכרים הדומים לאלו הנשים נאמנים ואחד מהן בן בעלה אף ע"ג דנוגע לעדות מפני ירושתו ג"כ לפע"ד אינו ראיה כלל כי הש"ג התם לענין דינא דשנאה עסיק ואיכא למימר דמיירי בגווני דליכא למיפסל משום נגיעה ואיכא גווני טובא לא מבעיא לפי הלד שכתב הגמל"מ בפרק י"ג מהלכות גירושין בסוף הלכה ע"ו דאף אם כבר יש עדים שטבע במשאל"ם אפ"ה ה' נשים אין נאמנות והרי במשאל"ם כבר ירדו לנחלה היורשים כמבואר בטוש"ע ח"מ סימן רפ"ד וכן אם נאמר דה' נשים אפילו במל"ת אין נאמנות כמו שהביא הב"ש וכן במגי' למל"מ איכא כ"מ ג"כ במסל"ת רק בלאו הכי לא קשיא כלל דהרי מלי מיירי ביודע שאין לו ירש כלום כגון שכתובתה מרובה מנכסי בעלה או לדעת ר"ח וסיעתו שאמר על אחד מן הבנים שיירשנו וכן אם העד הזה יאמר בשעת עדותו שהוא יודע שאין עדותו מועיל לירד לנחלה וכיוצא בזה דאין לפסלו משום נוגע בעדות:

ובסימן כ"ע כתב להביא עוד ראיה שכתבו התוספות שהולך למתני עבדים וכו' משום דלא תימא כיון דלאו מחמת עבירה פסולים מכשרי לעדות האדם כמו קרובים לר"ש וכ' הנוב"י א"כ בעדות אשה שג"כ קרובים ועבדים כשרים אף פסולי דאורייתא' כשרים כל שאין פסולו מחמת עבירה ולפענ"ד אינו דומה כלל דוודאי אשה ועבדים וקרובים דפסולים רק מגזירת הכתוב ולא משום דחשידי לשקר לכך שהאמינום חז"ל בעדות אשה וכן הוא להדיא בתשובות המיוחסי' להרמב"ן בסימן קכ"ח דלכך הכשירו חז"ל עדות נשים ועבדים וקרובים מפני שאין אנו חושדים אותם למשקרים יע"ש לאפוקי נוגע דעיקר פסולו רק מפני חשש דמשקר וכמ"ש הסמ"ע והש"ך והסכים הנו"ב ז"ל לדבריהם איך אפשר ללמוד דכשר מהכך דלא חשידי לשקר. והנה פסולי מחמת עבירה יש לעיין אחרי דלא קי"ל כר' מאיר דאמר חשוד לדבר אחד חשוד לכל התורה כולה והא דפסול לעדות כתבו התוספות בבכורות דף ל"ו ע"א משום דכיון דרשע הוא ממילא הוא פסול משום אל תשת רשע עד . וא"כ לכאורה ג"כ הוא רק מגזירת הכתוב וקשה לדברי הרשב"א במיוחסת הנ"ל דלכך האמינו נשים ועבדים משום דפסולין מגזה"כ והרי אף פסולין לעבירה ג"כ לא מפסלי רק מגזה"כ וצריך לומר דאע"ג דלא קי"ל כר"מ מ"מ סברא הוא דהא דפסלה תורה רשע לעדות לכל דבר שצריך שני עדים וודאי משום רשעתו הוא חשוד לשקר אע"ג דמהימן לענין איסורין לא מהימן לעדות משום דחשוד לשקר לכך אינו נאמן לעדות גמור ואינו דומה לקרובים ואיך דאפילו משה ואהרן אינם מעידים מן התורה אע"ג דוודאי לא משקרי כדאיתא סוף פרק מי שמת וכן לענין נשים ועבדים דאפילו מוחזקים לכשרים גמורים לא מעידים מגזירת הכתוב לכך בעדות אשה אע"ג דהקילו חז"ל להאמין עדות נשים ועבדים דפסולין מגזה"כ בלבד לא האמינו לפסולין מחמת עבירה דפסולים לעדות גמור מפני שחשודים לשקר (ובזה יש ראיה להסוברים דע"א אינו נאמן מדאורייתא בעדות אשה) יעיין בנו"ב קמא סימן כ"ז ועכ"פ רבותא גדולה היא דפסולים מחמת עבירה אין נאמנים לעדות אשה וקרובים ונשים ועבדים נאמנים לדידן דלא קי"ל כר"מ . ובזה נדחה מה שכתב הנו"ב עוד שם בסימן כ"ע דכונה ראשונים כתבו פסולים מחמת רשעם מכלל דשאר פסולי תורה כשרים . ולדברינו פסולים מחמת עבירה רבותא טפי דפסולים ומפסול נוגע דזה עיקרו מגזה"כ וזה עיקרו משום דחשיד לשקר. ובאמת ברי"ף ורא"ש כתב סתם פסול מן התורה רק דהנו"ב יפרש דקאי על גזלן ובאמת ליתא כדאמרן. ולפענ"ד אין לזה כלל מדברי רבותינו האחרונים שכולם פה אחד לפסול נוגע לעדות אשה ומדברי הרשב"א בתשובה סימן תקס"א מבואר לכאורה בנוגע פסול להביא את הגט שכתב שם דשכיר נאמן להביא את הגט ולומר בפני נכתב ובפני נחתם וכתב שם וז"ל. ואף זה נאמן (לפנינו כתיב ואין זה נאמן והוא טעות סופר וצ"ל ואף זה נאמן וכן הגירסא בספר קול בן לוי סימן ה' דף ע"ב כן מצאתי בגליון תשובת הרשב"א שיש לי ממו"ח הגאון מוהר"ר ד"ד זצ"ל) אף על פי שהוא שכיר אינו נוגע בדבר והביא ראיה מדתנן במתניתין הכל כשרים לכתוב . צ"ל להביא: חוץ מחש"ו ולא תני שכיר וכן מה' נשים שכשרות להביא את הגט ומפני שהכתב מוכיח הרי לא הכשיר הרשב"א רק שכיר דהוא רק פסול דרבנן ועל זה קובעים ראיותיו דאם היה שכיר פסול אף דהוא רק מדרבנן הוי תני לי במתניתין אבל פסולי תורה אע"ג דמודה הרשב"א דאין נאמנים לומר בפנ"כ ובפנ"ח כמבואר בדבריו ריש גיטין לא קשיא ליה רק שכיר דפסול דרבנן הוי ליה למתני' ועכ"פ כתב להדיא דאין נוגע מכלל דאם הי' נוגע הי' פסול וזה סתירה למה שכ' הנוב"י תניינא באה"ע סי' קכ"ח דנוגע כשר לומר בפני נכתב ומדברי רשב"א בתשובה זו משמע לפסול נוגע לומר בפנ"כ וכו' וכבר זה ימים דכתי על ראיותיו שם שהביא כי יש לדחותם ואין כאן מקומו אבל לענין נוגע בעדות מיתה וודאי דברי הגדולים הפוסלים עיקר לפענ"ד באופן שלדעתי העני אין לסמוך כלל על העדים שקבלו להם שכר אם יועיל עדותם ואולם הרי האשה בעצמה יודעת ג"כ ששם בעלה אייזק בע"מ ובוודאי ידעה ג"כ מן התוארים . והענינים אשר הוזכרן בעדות אשר העידו בחוטם ופטוע דהאשה נאמנת ולא מיקרי קטטה וכמ"ש מר כ' ואולם הדבר אשר עומד לנגד זה מה שהוחזק במקום האשה לגר ושמו יצחק בן אברהם ובחוטם העידו רק דאייזק ב"מ מת ובזה האריך הגאון מהר"ז מרגליות בחא"ה סי' ז"ן בכיוצא בזה וכ' דכיון דאיתא בב"ב דף קס"ז ע"ב דפריך וליחוש דלמא אזיל למתא אחריתא ומחזיק לי' לשמו יצ"ם ומסיק כל שהחזיק שמו בעיר שלשים יום אין חוששין לו ופירשב"ם דכולי האי לא הוי מחליף שמו זמן מרובה פן יודע הדבר והכיומק"י כ' דבאמת הי' נודע הדבר וכ' מהר"ז בספרו בית אפרים הנ"ל דכיון דחזקה זו מלד הסברא אין לנו ראיי' דע"א נאמן לסתור חזקה זו דאע"ג דבכל אשה איכא חזקת א"א וחזקת חיים ואפ"ה חזקה דדייקא ומנסבא מרע להו הייני דווקא חזקה דמעיקרא בעלמא אבל חזקה דמן הסברא אלים טפי אין לנו להקל מפני סברא דדייקא ומ"ש מעכ"תר דלענין השם איתא רק סברא זו אבל לא לענין תכונת אדם ועניני לא מליכו כלל לא ידעתי הפרש בין לסברת הרשב"ם בטעם דכל שהוחזק שמו שלשים יום ובין לטעם הכיומקי' דתרווייהו איתנהו ומכ"ש בזה שהי' בידו כתב עדות וכת"ר כי כ' זה דרך הרמאים הלא על זה דכין אם הוא רמאי וכבר כתב הנוב"י קמא להתיר עפ"י כתב מגילה שהי' ביד אחד דכתבי מגילה לא מוסלי אינשי ולגניבה ולאבידה לא חיישינן:

ומעכ"ת כי' פתח עוד להתיר דכיון דרוב המחזיקים בדת ישראל אינם גרים דלא אלים החזקה לסתור הרוב דרובא וחזקה רובא עדיף כדאמרינן בעלמא: ומה שכ' עוד כ"ת הנה דאיכא אומדנות כי שקר ענה כי גר צדק לא יעשה מעשים אשר לא כדת וכו' לא ידעתי כוונתו דזה דאם הי' ידיעה שהוא הי' אייזק בע"מ אבל אי אמרינן כי איננו הרי לא ידענו ממנו מאומה רע רק במה שהרחיק נדוד מאשתו ובזה אולי אנוס הוא:

הנה מ"ש מעכ"ת כי' דרוב המחזיקים בדת ישראל אינם גרים יש לעיין דלכאורה כיון דרובא דעלמא אינם ישראלים ומה שמחזיק בדת ישראל אינו ראיה דאמרינן גר הוא וא"כ רובא דעלמא מסייע לאמירתו וכ"ש מה שכתב תעודתו

בידו המעיד עליו כי גר הוא : ובתוס' ביבמות דף מ"ד ע"א ד"ה במוחזק לך כתב גם דהא דאינו נאמן לומר גר אני אבל אם לא ידענו מהימן מגו דאי בעי אמר ישראל אני וכן דרוב הבאים לפנינו בתורת יהודית ישראל הם וכו' הה"מ בפי"ג מהלכות איסורי ביאה שכן דעת רובי המפרשים (יעויין גם דהראב"ד חולק) מיהא זה אם אנו מסופקים אולי נכרי היא ולא נתגייר בזה כתבו התוס' דלכך נאמן לומר שהוא גר ולא באו התוס' רק לשלול כי הנוהגים בתורת יהודית בחזקה דלאו נכרים נינהו ולכך נאמן לומר גר הוא ובריטב"א כתב גם בזה דנאמן לומר גר הוא כשאינו מוחזקין בו שהוא נכרי משום דמילתא דעבידי לגלויי ול"ע :

ויש להביא ראיה מדברי התוס' האלו דלא אמרינן דרוב הנוהגים בתורת יהדות ישראל נינהו ולא גריס כי התוס' הוכיח' קברתם דלא ידעינן לי' דנכרי הוי מהימן לומר גר אני מהא דאמר ר"י גם נאמן אתה לפסול את עצמך ואין אתה נאמן לפסול את בניך יע"ש והנה הגמ' שם מקשה על הא דאמר ר"י דאינו נאמן לפסול את בניך דהא אמר ר"י יכיר יכירנו לאחרים מכאן וכו' נאמן אדם לומר בני זה ב"ג וב"ח ומשני רכ"בי ה"ק לדבריך נכרי אתה ואין עדות לנכרי והתוס' שם בד"ה נאמן אתה הקשו מנ"ל אם אשתו נכרית בלא"ה אע"ג שהוא גר גמור הבנים כמותה ואם היא ישראלית גם אם הוא נכרי בניו כשרים וא"ל נהי דממזר לא הוי פגום מיהא הוי הא גם אם אינו נאמן פגומין הן דר"י אית לי' בת גר זכר כבת חלל זכר יע"ש מה שתירצו ואם נאמר דרוב הנוהגים בתורת יהדות ישראל הם ולא גריס א"כ לא הקשו מידי דלעולם לענין פגום מיירי שהוא גר לפסול את הבנים דרוב הנוהגים בתורת יהדית ישראל הם ולא גריס וא"ל דא"כ אמאי הוצרך לומר שנתגייר בינו לבין עצמו דאפילו נתגייר לפני ב"ד ג"כ יהי' הבנים פגומים לר"י זה אינו קושי' דעל הגר עצמו וודאי אין להקשות אמאי אומר כן וכי הוא יודע דין בת גר זכר מה הוא ועל תנא דברייתא לא קשה למאי השמיענו שאמר שנתגייר בינו לבין עצמו ולא אמרו סתם שאמר דגר הוא הא איכא להשמיענו דאמר לי' ר"י דנאמן הוא לפסול את עצמו ושויא נפשי' כחתיכה דאיסורא להיות דינו כנכרי וגם הוא רבותא דאע"ג דפסול עצמו ושוי' נפשי' כנכרי אפ"ה אינו נאמן לפסול את הבנים ולא אמרינן מתוך שנאמן על עצמו נאמן על הבנים כדאיתא בהניזקין מתוך שאתה נאמן על שכרך נאמן אתה לפסול כ"ת ולרכ"בי אולי א"כ הי' אומר שנתגייר לפני ב"ד הי' נאמן לפסול הבנים כמו שנאמן לומר בני זה ב"ג וב"ח ורק מפני שאמר נתגיירתי ביני לבין עצמו אינו נאמן דלדבריו נכרי הוא ואין עדות לנכרי אע"כ דלא מחזקינן לי' שהוא ישראל ולא גר מפני שהוא נוהג בתורת יהדות ויש קלת ראי' מתלמודן עצמו דפריך דאמאי אינו נאמן לפסול את הבנים דהא נאמן לר"י לומר בני זה בן גרושה והרי לשני הפירושים שכתבו התוס' בב"ב דף קכ"ז ע"ב ד"ה כך נאמן אין ראי' מיכיר יכירנו לאחרים רק שהאב נאמן לומר כנגד החזקה אבל מניין לנו שהוא נאמן לומר כנגד הרוב רק דא"כ קשה על התוס' שכתבו דעכ"פ רוב הנוהגים בתורת יהדות אינם נכרים רק או ישראל או גרים א"כ מאי מקשה תלמודן דליהימן לפסול הבנים משום דר"י ס"ל נכרי הוולד וממזר דלמא לעומת הרוב אינו נאמן וע"כ נ"ל דס"ל להמקשן דכיון דמסברא לא הי' נאמן רק מקרא דיכיר שוב לא נחלק ביניהם :

ואולם אף אם נאמר כדברי מעכ"ת כי' דזה מקרי רוב לפ"ד בית אפרים דזה שהוחזק בעיר שלשים יום מיקרי חזקה מן הסברא דאלים מחזקה דמעיקרא א"כ מניין לנו שרוב עדיף מחזקה כמו דבכל מקום דאמרינן רובא עדיף מחזקה היינו חזקה דמעיקרא דמן הסתם לא נשתנה בזה אמרינן דאם יש רוב כנגדו אלים הרוב לומר שנשתנה אבל נגד חזקה שהוא מלד הסברא מניין לנו והרי בתרי רוב לא אזלינן לאפוקי ממון ובחזקה שהוא מלד הסברא מוליאין ממון כמו חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו וביותר בזה דמדאורייתא לא בעי קיום להפוסקים אפילו בטוען מזויף דלא חליף איניש לזייף : והגאון בית אפרים אלימא לי' חזקה דהוחזק שלשים יום כחזקה דלא חליף איניש לזייף כנראה למעיין בדבריו :

איברא דהר"ן בתשובה שהביא הרב בית אפרים שם כ' דחזקת שם מיקרי חזקה העשויי' להשתנות והגאון בית אפרים כ' ליישב דלא תיקשי על הר"ן מהך דאמרינן בב"ב דכל שהוחזק ל' יום אין חוששין כתב דדוקא התם משום שגילה דעתו מתחלה דדעתו לשנות שמו וזה דוחק לפי עניות דעתי דבין להרשב"ס ובין להנימוקי לא יתכן לחלק בין שגילה דעתו או לא ואף שהר"ן כתב להדיא שם בסי' ל"ג דלכך אין לחוש מפני שגילה דעתו בפירוש שישנה שמו היינו משום דאם לא הי' מגלה דעתו לא הי' מקום כלל להתיר כיון שבעלה של זו אית לי' שם אחר אבל מ"מ אם הי' חזקה זו אלים כ"כ כמ"ש הבית אפרים דהוי חזקה מלד הסברא רחוק הוא שיועיל מה שגילה דעתו בתחלה אלא דהר"ן סובר דהתם בב"ב לא קאמר רק דכיון דהוחזק למ"ד יום לא חיישינן והיינו דאין לחוש עוד דחששא בעלמא הוא דילמא משנה שמו דהרי בשעת הסכנה כותבין ונותנים אע"פי שאין מכירין מכלל דלא חיישינן להכי מן הסתם אלא דהי' לנו לכתחלה לחוש במקום שיש תקנה לדעת שזו אשתו וודאי לבלתי כתוב גט אא"כ אשתו עמו ועי"ז משני דכל שהוחזק למ"ד יום אין חוששין עוד ואין מוכרח שיהי' זה חזקה גמורה דאיכא למימר דפעמים מפני סיבה דאתרמי לי' משנה שמו וחוזר בעלמו זמן ארוך רק דמן הסתם אין לחוש לכך ולא הוי רק כשאר חזקה דמעיקרא דאמרינן אוקי מלתא אחזקה קמייתא ואע"ג דדייקינן כי קרה מקרה שנשתנה ונאסר הי' לא חיישינן להכי ה"כ במעידין עדים או בכתב פב"פ ממקום פלוני מת לא חיישינן אולי שינה אחד שמו גם כי לא הוחזק אותו פלוני בשם זה במקום שמת שלשים יום ולא הוי רק חזקה דמעיקרא וגם כי הוחזק שלשים יום לא אלים כ"כ סברא זו לומר דלא מרעא לה חזקה דדייקא ומכשבא לסברת הר"ן בתשובה ובפרט בנידון זה שהעידו על אייזק בע"מ שכן הי' דרכו להתחפש ולהשתנות ואף כי שאין אנו יודעין אם בעל האשה הי' שמו אייזיק בע"מ הי' אפשר לכדד ולהקל לומר שתולין הקלקלה במקולקל ואולם הגאון בית אפרים רב גובריה ולא ערכתי כח להשיב על דבריו ובפרט כי מדברי הה"מ בפ"א מהל' א"ב ומדברי ש"ג בשם ריא"ז בפ' עשרה משמע כדבריו ואם הך דהוחזק שלשים יום חזקה גמורה היא בעני' לא ידעתי מקום להקל :

ולפענ"ד יש להעמיד יסוד התירה של אשה זו מכבלי העיגון על מה שאמרו העדים לפני שקבלו מהם שכר דלא הוי נוגעים בעדות ואף מעכ"ת כי' כתב שלא הי' עדותו מועיל כ"כ רק אולי על לד היותר טוב עשו כן ראוי עתה להפך בקיום דבריהם הראשונים או לבקש מן העדים אחרי כי בלא"ה לא יטלו שכר יגמלו חסד עם האשה ולהעיד שלא ע"מ לקבל פרס כלל לא בתחלה ולא בסוף ואע"ג דכתב הש"ך בסי' ל"ג ס"ק ט' דכל שהעידו פעם אחת כשהיו נוגעין לא מהני כשיעידו דעבידי לאחזוקי שיקרי הנה הקל"ח בסי' הכ"ל ס"ק ב' חולק והביא ראיות (הובאו קלת גם בתומים) דלא אמרינן ולפי הטעמים שכ' הקל"ח שם בעדות אשה לא שייך למיחש וכן ליכא משום תחלתו בפסול שהרי בשעת ראיי' הי' נוגעים ואף את"ל דגם בנגיעה שייך לומר דתחלתה בפסול וסופו בכשרות פסול מ"מ הרי כאן תחלתן וסופן בכשרות ויש לצרף אז כשיעשו עדים לשלם כפשם מן השכר הסברות שכ' הדרת גאונו כי' להתיר אבל אם על א' מב' אלו א"א להעמיד יסוד ההיתר ידון בדבר מי שלבו רחב ושלם וכשל כחי מסבל שיבא ומכשורי הדין דברי ידידו שוחר טובתו : הקטן מאיר א"ש :

סימן יט

להרב המאור הגדול מוהר"ר משה אלי' כו' אב"ד דק"ק פעטלעל יע"א:

(ויעיין בספר חתם סופר חאה"ע ח"א סימן מ"ו)

נעימות ימינו הגיעני ואודות האשה אשר זה י"א שנים היא יושבת גלמודה ויש עדות מסל"ת על מיתת בעלה אבל יש ספק בשיחת הנכרי אם הוא לפי תומו ואם הוא בעלה של זו וכבר כתב אדמו"ר הגאון נ"י תשובתו הרמתה להתיר ומקלתו שלח מעלתו נ"י לידי. והנה הוא קיים בענות לבו לשלוח דבריו שיקרים לתלמוד חכם אחד ואם יסכים לדבריו מותרת להתנשאה. והנה באמת ואמונה אין בי דעת ותבונה להתיר כבלי עגונה. ואולם אחרי אשר שלח מעכ"ת נ"י את דברי אדמו"ר הגאון נ"י לידי אמרתי לקרב לגבי דהיתא ולעיין בדברות קדשו כפי מסת הזמן והעונה:

הנה מ"ש הנו"בי קמא בסימן ל"א לחדש עפ"י פירושו בדברי הסמ"ג דכל היכא דמסל"ת נאמן כ"ש דנאמן עכו"ם אפילו מתכוין. לפענ"ד כל שיש רגלים לדבר בוודאי דבר ה' בפי אדמו"ר נ"י אמת שאין לסמוך כלל על זה אפילו בסניף והרי בי"ד סימן קכ"ב סעיף י"א אפילו שהוא רואה את הכלים חדשים אינו נאמן הנכרי רק במסל"ת כמבואר שם במחבר ואף בזה י"א והתם לא הוי רק דרבנן כמ"ש הש"ך שם ואפילו יש רגלים לדבר שהיה החביות מטפטף כי ראה עריבה מלאה יין תחת החביות אפ"ה אין הגוי נאמן לאסור כמ"ש התה"ד בסימן ר"ב ופסקו הרמ"א בסימן ק"ל סעיף א' ואעפ"י שכתב התה"ד הטעם משום דאמרינן שאומר כן כדי להאהיב את עצמו לישראל מ"מ גם שם בהדחת הבשר ג"כ איכא לתלות שאומר כן לסיבה זו וכיוצא בה ואיך נסמוך עליו להקל במה דלא חיישינן לדבריו להחמיר. ולעולם כל שמכוין להעיד י"ל שהוא עושה כן לסיבה מה וכמ"ש הש"ך בסימן קכ"ז סעיף קטן כ' דכל שיש לומר סיבה מה אינו נאמן:

והיה נראה להביא ראיה עוד לזה דאת"ל דנכרי מתכוין להעיד נאמן ביש רגלים לדבר א"כ ה"ה ישראל פסול לעדות מד"ת דנאמן בדאיכא רגלים וא"כ מאי פריך לר' יוסף ביבמות דף ק"ה ע"א ומתני' לוקי מתני' שיש רגלים לדבר ואולי יאמר הנו"בי דהכ"ג לא הוי פליג ר"י כיון דעדיף לדידי' ממסל"ת אבל קשה כיון דישראל פסול לעדות מה"ת נאמן ברגלים לדבר לדידיה (דהא הרי"ף והרא"ש ילפי דישראל פסול לעדות מה"ת נאמן במסל"ת מכ"ש דנכרי וממילא ה"ה דנאמן ביש רגלים לדבר להנו"בי) והרי חמש נשים שמוכאות זה את זה גרוע מנכרי מסל"ת דנכרי מסל"ת נאמן ואלו אין נאמנות ולדברי הנו"בי גריעי נשים אלו אף מנכרי המתכוין להעיד ביש רגלים לדבר והרי בסוטה שיש עידי קינוי ועדי סתירה ה' נשים אלו נאמנות לומר שלא נטמאה ולאוסרה על בעלה והרי התם יש רגלים לדבר א"כ אף בנכרי מתכוין להעיד וה"ה ישראל פסול מה"ת ראוי להיות נאמן ואפ"ה כתב הרמב"ם בפרק א' מהלכות סוטה הלכה י"ד דדוקא פסולי עדות דרבנן נאמן וכ"כ הכ"מ שם בשם רש"י הרי דנכרי כל שמתכוין להעיד אינו נאמן אפילו היכא דחמש נשים נאמנות. ואולי יש לדחות דהתם חמש נשים אלו אין נאמנות רק משום שיש רגלים לדבר. וא"כ אין לנו רק דמסל"ת נאמן ג"כ אבל שיהיה הנכרי במתכוין להעיד נאמן בהם אין ראיה כמובן דכאן נאמנות נשים אלו מפני שיש רגלים לדבר ולא ידעתי מאי קשיא ליה להרב המגיד ול"מ שם תמה שכתב הרמב"ם בהלכות תרומות דאין הכרה נאמנות כלל ומותרת לאכול תרומה ומאי דמהימנינן להו כאן כי פשוט הטעם דסוטה רגלים לדבר וכן מבואר בירושלמי שהביא התוספות שם בסוטה. ואולם קשה להגדולים שכתב הה"מ ומל"מ פרק י"ב מהלכות גרושין סוף הלכה י"ז דחמש נשים אינן נאמנות אפילו מסל"ת ולדידהו גריעי נשים אלו מנכרי דנאמן במסל"ת לדידהו לכאורה תמוה וודאי כיון ביש עדי קינוי וסתירה חמש נשים אלו נאמנות דגריעי מנכרי כ"ש דנכרי וכ"ש ישראל פסול עדות מה"ת דראוי להיות נאמן א"כ אמאי התנה הרמב"ם שם דווקא פסולי עדות דרבנן נאמנים ולא פסולים מה"ת ודוחק לומר דהרמב"ם לא פסק שם דפסולי עדות דרבנן דווקא משום ד"כ דנאמנים אף להפסידה כתובתה. ולזה אין גזלן דאורייתא נאמן דגם חמש נשים אין נאמנות להפסידה אבל שלא תשתה דהתם נשים אלו נאמנות ה"ה דגזלן ד"ת נאמן כי מלבד שאין לשון הרמב"ם מורה כן כי היה לו לפרש עוד יקשה מאי פריך ביבמות דף כ"ה ע"ב מהא דר' מנשה דאמר גזלן דדבריהם כשר לעדות אשה הא גזלן ד"ת לא ומנ"ל לדחוק כן הרי פירש רש"י שם בד"ה לעדות אשה היינו מת בעלה וסוטה שנסתרה א"כ לכך אמר גזלן דדבריהם משום שהוא נאמן כאשה דעלמא אף להפסידה כתובתה אבל גזלן תורה אינו נאמן להפסידה כתובתה אבל להשיאה וכן שלא תשתה נאמן הוא ואם נאמר לדעת גדולים הללו דפשיטא לתלמודין דאם גזלן דאוריית' אינו נאמן להפסידה כתובתה בסוטה שיש רגלים לדבר ה"ה דאינו נאמן להשיאה באומר מת דוחק הוא. ועכ"פ יהי' סתירה לדברי הנוב"י כיון דאינו נאמן עכ"פ להפסידה ברגלים לדבר ה"ה דאינו נאמן לומר מת בעלה להשיאה ואין להאריך עוד בזה:

ואולם אם אנו צריכים כלל לרגלים בדבר בזה כבר אמר רבינו הגאון נ"י שנראה שיש קיצור הדברים למדי בדברי העכו"ם המסל"ת ומו"ה נ"י כתב מעלתו האריך בתשובתו וחידש דברים במחלוקת הריב"ש והר"ן בזה הדין אם צריך להיות קיצור הדברים ולא העתיקם מעלתו נ"י ולא יפה עשה מעכ"ת נ"י בזה שלא הי' לקצר במקום שאמרו להאריך (העתיק לי מכל הפלפול ההוא רק מ"ש מ"ו הגאון בזה"ל וכידון דידן דמ"לת אם ע"א בעדות אשה מדרבנן להקל כי יש כח ביד חז"ל לעקור דבר אבל מדאמרינן (נראה שצ"ל מדאורייתא) איתתא בחזקת א"א קיימא לולי שרבנן הקילו וא"כ היכא שמתכוין להעיד הגוי בזה לא האמינו חז"ל וחזר הדבר לתורה והוי חזקת א"א וא"כ כל ספק בזה להחמיר אף לפמ"ש הרמב"ם דדאורייתא היא שהדבר ידוע שהאמת כן כי כבר מת הבעל וא"כ מה שלא האמינו במתכוין להעיד אינו משום דחיישינן ל"א מ"מ (נראה שצ"ל דמשק"ר) אלא שאסור לקבל עדות נכרי כמלא מחזקת א"א יצאה והבא עלי' פטור רק אסורה לקבל עדותו ולעשות מעשה ע"פ א"כ בכה"ג י"ל ספיקא להקל עכ"ל אדמו"ר הגאון נ"י לפי מה שהעתיק מעלתו ובזה לא ירדתי כלל לסוף דעתו הרמה דע"כ לא נחלקו הפוסקים אליבא דהרמב"ם הוא רק בע"א כשר וכן באשה ועבד וכדומה דפסולין רק מגזה"כ בזה דעת התשב"ץ וסיעתו דהרמב"ם ס"ל כיון דמילתא דעבידי לגלוי הוא ע"א נאמן מה"ת אבל בעכו"ם דכתיב אשר פיהם דיבר שוא י"ל (עיין נדה ד' מ"ה) ואפי' פסולי עדות דאורייתא נראה דלכ"ע לא מהימני מדאורייתא והרי לדעת הסוברים דע"א נאמן מדאורייתא האחים יורדים לנחלה ע"פ וכ"ה בתשב"ץ ח"א וכ"כ בעזרת נשים למהר"ם ב"ח ואפ"ה בנכרי מסל"ת כ' הרמב"ם ב"ס נחלה פ"ז ה' א' דאין האחים יורדין לנחלה ע"פ ומכ"ש בנתכוין להעיד ואם הי' נכרי מתכוין להעיד נאמן מדאורייתא במת בעלה וכ"ש גזלן דאורייתא הי' נאמן ג"כ בסוטה. ולפענ"ד הא דפליגי שמואל ור"ל ור"י דלשמואל ור"ל נכרי מתכוין להעיד נאמן אם לא נתכוין להתיר היינו משום דס"ל כר' יוסף דגם גזלן ד"ת כשר לעדות אשה אבל בדידן דקיי"ל כר"י דאין גזלן דאורייתא נאמן ולא הפקיעו חכמים קידושין להאמין פסולי עדות מחמת הטעם ה"ה דאף מדאורייתא נכרי אינו נאמן לכ"ע ולפמ"ש בספר עזרת נשים להרמב"ם דווקא ע"א כשר נאמן מה"ת וכ"כ הנוב"י ובתשב"ץ שם משמע דה"ה אשה ועבד אבל נפסלו מעדות מחמת רשעם ועכו"ם מבואר שם שאינו נאמן וכיון דמסיק הש"ך דאין דבריו של נכרי מועיל להחמיר וכן לענין אבלות אם מתכוין להעיד אינו נאמן אפי' במסל"ת יש מחלוקת עיין בט"ז של"ז ס"ק א' דברי הט"ז שם:

באופן שדברי מו' הגאון לא הבינותי והוא כי' לא ע"ז סמך ועיקר דעתו נוטה שיחשב זה קישור דברים והנה אם נחשוב שוה שזה י"א שנים ויו שנים גם אחרי הגדת הנכרי לא נשמע ממנו מאומה רגלים לדבר כמו ש"כ הבוב"י וקצת משמע כן בתשובת הר"ר אליעזר ממודין שהביא המרדכי סוף יבמות נראה דיתכן לומר דעד כאן ל"פ אם בעי קישור דברים אלא דאין רגלים לדבר אבל היכא דאיכא רגלים לדבר מודו דנאמן אף בלא קישור הדברים והראי' לזה מהא דאיתא בב"ק ד' קי"ד אר"א אין מסל"ת כשר אלא בעדות אשה ואותיב רבינא לר"א מנחיל של דבורים ומשני התם שאני דקנין דרבנן היא וכו' ומהרש"ל ביש"ש סי' כ"ח ויש לתמוה דמאי פריך מנחיל של דבורים דלא איירי במסל"ת לחוד אלא צריך רדיפת בעלים עכ"ל וכו' ודלא כמ"ש רש"י דרגלים לדבר שהם שלו עכ"ל רש"ל והרי רש"י אומר שלא כדבריו כי מש"כ רש"ל א"כ להסכים דעת רש"י לדעתו אינו מובן דכיון דעכ"פ רדיפת בעלים מקרי רגלים לדבר א"כ מנ"ל לרבינא להקשות דילמא כאן לכך נאמן משום רגלים לדבר ומנ"ל דאם ליכא יאוש שא"ל רדיפה בעלים והריב"ש בסי' כ"ע כ' בתוך דבריו והרי בנחיל של דבורים אינו אומר אלא מכאן יצא נחיל זה והשיב מסל"ת ולא הצריכו חכמים רידוף בעלים רק משום דמצוה הוא וכו' וודאי הריב"ש לא ע"ז סמך להורות דלא בעינן קישור דברים כי על ראיות אחרות כי מכין לנו שגם באיסור צ"ל להיות עוד הוכחה אם אין קישור דברים והנה לדברי הר"ן וודאי הכך דמייתי בב"ק לענין אכילת תרומה מקרי קישור דברים וא"כ אדרבה לדעת הר"ן מיושב קושית הריב"ש דפסיקא לי' לרבינא דגם במסל"ת באשה צריך קישור דברים וא"כ הא דמייתי מנחיל של דבורים בלא קישור דברים היינו משום דאיכא רדיפת בעלים אבל לא עדיף רדיפת בעלים מקישור דברים בלא רדיפת בעלים ועכ"פ מדחזינן בנחיל דמהני רגלים לדבר דרידוף בעלים למסל"ת בלא קישור הדברים ה"ה לעדות אשה כל היכא דאיכא רגלים לדבר א"צ קישור דברים ומה שיש עוד בעדות עכו"ם אשר לא ראה רק נמצא מת בביתו אם יהי' נאמן הנה בעד מסל"ת מפי מסל"ת הסכימו להתיר ודלא כהריב"ש ואולם אם המסל"ת המגיד מפי אשר לא הגיד בפירוש כי הנכרי אחר הי' מסל"ת בזה לפמ"ש הב"י הר"ן חולק ואם באנו להתיר מכח ס"ס וכמש"כ מו' הגאון כי' נראה שצריך שלא יהי' ס"ס להחמיר וכאן אם הי' ספק בדבריו אולי אינו נחשב קישור דברים היה ס"ס להחמיר אולי אינו קישור דברים ואת"ל דהוי קישור דברים אולי הלכה כהר"ן והריב"ש דאין מסל"ת נאמן אם אינו מעיד בפירוש שהנכרי האחר הי' מסל"ת :

ובגוף הדבר שכתב מהרי"ק ומהרא"י דמסל"ת נאמן מפי מסל"ת והכריחו כן מדאשה ועבד נאמן מפי אשה וכו' ומסל"ת עדיף מאשה דמתכוונת להעיד דהרי לר"ע כהנת אינה נאמנת ופנדקות מסל"ת נאמנת לא הבנתי דפשיטא להו להגדולים אלו דמסל"ת עדיף מאשה והרי הש"ך בי"ד סי' כ"ח ס"ק ב' מסיק דמסל"ת אינו נאמן בדאורייתא אפי' לא איתחזיק איסורא ואשה וודאי מהימני ומכש"כ לדעת הרשב"א וסיעתי' ולהש"ך אף הרמב"ם סובר כן וכמ"ש בסי' קכ"ז וא"כ אשה מהימנא בשאר איסורים אפי' באיתחזיק איסורא ומסל"ת עכ"פ באיתחזיק איסורא לכ"ע לא מהימן ואולם לר"ע דסובר אשה אינה נאמנת ומסל"ת נאמן יתכן לומר דר"ע סובר דכל שפסלה התורה כגון קרוב ואשה ועבד אע"ג דגזה"כ הוא מ"מ הרי עכ"פ גזרה התורה שאין נאמנים וא"כ הרי אמרינן אולי משקרי כי זה שאמרנו בש"פ מי שמת דקרוב לאו משום דמשקרי אין הפירוש כי ברור שאינם עתה בעדות זה משקרים דא"כ וודאי אי אפשר לפסלם דהא לא איברי סהדי אלא לשקרי רק דאנו אומרים שאין טעם פסלותם לעדות דחשידי לשקר כמו בגזלן ואינך רק גזירת הכתוב הוא כדאיתא התם בב"ב יע"ש אבל לעולם עתה שגזרה התורה כן אמרינן דמשקרי ואינן נאמנים לעדות וס"ל לר"ע כיון דהתורה אמרה דאלו אין נאמנים לעדות אי אפשר להאמינם בעדות אשה רק ע"א כשר דהתורה האמינו מע"א באיש אבל קם הוא לעדות אשה כמו דאיתא בספרי שהביא פ"י בסוגיא דתרי ותרי והמ"ב והתם ליכא למילף רק עד כשר כמו בשבועה אבל מסל"ת אינו עדות כלל והתורה לא פסלתו ולא האמינתו רק הוכחה דאין אדם עשוי להשיח לפ"ת דברי שוא ושקר והוי כעין חזקה וכמ"ש הט"ז בי"ד ריש סימן כ"ח רק דאין הוכחה זו אלים כ"כ להתיר ע"י איסור תורה עכ"פ באיתחזק איסורא אבל בעדות אשה יש לסמוך על דייקא ומנסבא וסמכו על הוכחה דמסל"ת ומעתה אין קושיא על הריב"ש שפוסל מסל"ת מפי מסל"ת מהא דר"ע כלל דכיון דלרבנן אשה וקרוב נאמנים בעדות אשה ראוי להאמין אף אשה מפי אשה ועבד דהרי אין חשודים לשקר וכמ"ש הרשב"א במיוחסת סי' קכ"ח ולכך אין הפרש אשה מפי אשה למפי עצמה אבל מסל"ת שהוא רק כמו הוכחה כיון דאין הוכחה זו אלימא דהרי בשאר איסורים אין סומכין עליה מכין לנו כשיש עוד ריעותא שהוא לא ראה רק שמע מפי אחר מכין לנו שיש לסמוך דאם לא שיקר הראשון לפ"ת אולי השני משקר זכר לדבר תרי מעוטי מש"כ הר"ן בא"ע בצילים דמגרע הרוב ועכ"פ כשאין העכו"ם בבירור מסל"ת יש לעיין למעשה אבל בנידון זה שיש עוד ע"ע גמור וכמ"ש מו' ה"ג כי' דרחוק לספק בלאחר ג' ימים וודאי שיש לסמוך עליו וכדברי רבינו הגאון ובקב"ע בשם מהרלב"ח כ' דתלי' בפלוגתא דלעיל אם בעי קישור דברים והדין לקמייתא וכ"כ ג"כ הב"ש אמנם כבר הכריע רבינו מפני ע"ע שיש לסמוך וכ"ש בהצטרף שניהם יחד :

אחת היא אשר לבי נוקפי בעדות זה כי נפלאתי איך אפשר שישיח העכו"ם לפ"ת על אשתו ועכו"ם אחר בפני ישראל שהרגו לישראל וכמתלהלה יורה זקים וחצי מות על אשתו לפ"ת. ולזה יש לחוש אולי באיבה גלה מסתורה מפני קנאת חמת גבר יתנכל עליה להפילה במכמורת בל תקום להפטר ממנה ואין זה רחוק בחק העכו"ם. וא"כ אולי כאשר באיבה גילה מה שלא היה לגלות אולי כן שקר ענה בה ורק עלילות דברים שם עליה להכחידה מן העולם ומחמת איבה אמר מה שאמר וכבר כתב בע"כ בס"ק ק' בשם מהריב"ל דכל היכא שיש לחוש כי מחמת איבה אמר העכו"ם כן אינו נאמן והוא מסיק כי תלוי בראות עיני הדיין. והב"י הביא בשם רי"ו דכל היכא שיש לחוש כי שכרה את הנכרי אין להאמין רק מן הסתם אין חוששין. ופסקו הרמ"א ועכ"פ נראה שצריך לחקור כל שיש מקום לתלות ולחוש בדבר. וה"ה כאן שהדבר זר שיאמר לפ"ת על אשתו כי שפכה דם נקי בארצות האלה שיש בחמלת ה' עלינו משפט מות להשופך דם נקי וידוע דבר זה לכל וודאי צריך לחקור מה ראה על ככה להגיד כן על אשתו אם לא היה לו איבה עמה. וכן אופן הריגתו ששפכו זפת לתוך פיו ובפניו לא היה חבלה כלל הוא דבר זר וכמעט א"א לשני ב"א לעשות לאדם אחד מבלתי שישפוך על פניו אם לא כדרך שהיה ב"ד של ישראל עושין בפתילה של אבר וכ"ז זר ורחוק לשני ב"א לעשות לאדם גדול קומה וגם מה היה כי ששתה אשה עד עתה לשאול על היתירא אחרי כי כבר זה ששה שנים הגיד הנכרי מסל"ת מהריגת בעלה. ולזה בכל אלה יש לחוש לפענ"ד אולי יש בזה דברים בגו וצריך לחקור אצל הישראל השומעים דברי העכו"ם אם לא היה חשש בעדותו והנני כותב את כל הדברים האלה לכבוד אדמ"ו הגאון כי' ואם יראה ברוחב לבבו כי אין לחוש לזה יעשה כדבריו: דברי ידידו הקטן מאיר א"ש:

סימן כ

תשובת הגאון מאור הגולה מהור"ר משה סופר זצ"ל על הנ"ל :

שלום וכל טוב לידיד נפשי הרב הגאון המפורסם המופלג כקש"ת מהור"ר מאיר נ"י אב"ד ור"מ דק"ק יארמוט יע"א:

יקרתו הגיעני בזמנו ואמרתי אניחנו עד עת פנוי לשוב על עמקי פלפולו הגם שאינם נצרכים להיתר עגונה הלז. ואמנם נחליתי בטוב ישמע כל ימי חנוכה העבר ובין כך ובין כך רבו כמו רבו כמה אגריות הנצרכים לשעה. ועוד כמה ענינים שונים אמרתי למהר המלוה עדיף מה שנוגע להלכה ולמעשה דעכ"פ אמת שאין ספק דמסל"ת של הגוי היה בקישור דברים וכבר נהגו להתיר גוי מסל"ת עפ"י היכר ט"ע שלו וא"כ לא צריכים לדון אם שמע מהגוי' הרלחנים מסל"ת או לא כי הוא בעצמו הכירו בטוב. אך בשני דברים פקפק פר"מ איך היה זה ששפכו זפת רותח לתוך פיו ומי פתח פיהו עובדא ידענא הרבנית אלמנת הגאון חק יעקב זצ"ל לעת זקנתה היתה אצל נכדה הגאון מהור"ר נחמיה זצ"ל אב"ד דמדינות לוטריכגן בק"ק נכסיך ועל צווארה מחרוזות מרגליות גדולים ויקרים ויהי בבקר בשעת תפילת שחרית והיא שכבה וישינה על מיטתה ופיה פתוח כדרך כמה אנשים בשעת שינה והנער המשרת לבד עמה בבית שפך קדירה קיד נמוח לתוך פיה ולקח המרגליות וברח לו ונתפס ונידון: מעתה אל יתפלא על נידון שלפנינו כי לדעתי פרלה קראה לגנב שהיה הישראל האורח ישן פרקדן ופיו פתוח ועי"ז נפל. מלתא בדעת הרלחנים לשפות זפת רותח לתוך פיו ויען כי זפת דבר הנדבק ומדבק פה ולשון וחיך וא"א לצעוק ונחנק בגרונו טרם שנשרפו מעיו וזהו ענין פשוט מאוד:

ומה שפקפק דלמא משום איבה על אשתו הגיד ומעשה אשר לא היה כבר הראה ומעלתו לעיין בספר עזרת נשים דמייתי שם בשם תשובת מהריב"ל אך מביא שם דהכל לפי הענין והכא הלא כל עין שכל יראה מה היה לו להמציא מעשה כפלא בשפיכת זפת ולא אמר בקיצור אשתי הרגה פלוני הנאבד והלא משום כך בעי קישור דברים להר"ן דעל ידי זה ניכר שאין כוונתו להעיד אלא לספר ענין ומכ"ש להמציא מעשה כפלא כזה הלא יש שופטים בארץ ומדוע לא הלך. ולדעתו כי ימצא חן בעיניו ויאכילה קורצא ומטעמים. ובצירוף שנאבד זכרו ואפילו לנחלה אם נאבד זכרו ורש"י פירש באומרת בריא לי אם היה קיים היה בא אף על פי שהר"ן הקשה עליו מ"מ שוב אין לבי נוקפי על ההיתר הנ"ל ומזכה אני במקומי בתנאי שיסכים עמי:

מכ"ת רוח לי במה שפשוט לי שאיסור לאו דאורייתא יש בקבלת עדות מעובד כוכבים. וכתב מכ"ת כלאחר יד שאין בו שום איסור אלא דלא מהימן אהו' י"כ ימים רבים היה פשוט לי כך דיש לא' בקבלת עדות מעובד כוכבים אלא שהיה לי על זה איזה קושיא ומ"מ היה לי דבר פשוט עד שפ"א כתב לי הגאון מהר"ס בנעט זצ"ל בתוך תשובה בפשיטות שאסור לקבל עדות מעובד כוכבים ושכ"כ היש"ש סוף יבמות ולא כתב שום טעם מכ"ל והפשתי בים"ש ולא מצאתי. אך לפע"ד הדבר פשוט מאוד שהרי הרמב"ם בפתיחה מונה לאו לקבל עדות רשע זכ"כ בפנים וכ"כ ג"כ בספר מצות שלו מצות ל"ת רפ"ו וכ"כ סמ"ג סי' רי"ד ואפילו הכשר המצטרף עמו והוא ש"ס ערוך וא"כ אלו העוברים על ז' מצות ב"נ ולכל עע"ז וכבר ביאר בתשובת מעיל לדקה כי אין התכללות מטעם שיתוף יעיי"ש והא דהכשירו ערכאות תיקנו חכמים ויש כח ביד חכמים אלא לפי"ז יש לומר הא דהצריכו תוס' והמרדכי רפ"ק דגיטין והג"א שם לפסול עדות עובד כוכבים מטעם שאינו אחיך י"ל ההוא אפי' כאנטיכונוס קודם שנתגייר אבל סתם עובד כוכבים אסור לקבל ממנו ורבינו יקיר דס"ל עכו"ס כשר מן התורה ס"ל כיון דיש לו חיים להפוקי עבד. אין לו חיים כמבואר בפ' הבע"י דלא נקרא אח ואחות ויולא אלליו כמ"ש התוס' בשם הקונטרס שם גבי עבד. אינו אח לענין חיים מ"מ הו"ל אח לענין מצות וצריך ג"ש או קרא למעוטי אבל עכו"ס נהי דלא הוי אח למצות הו"ל אח לחיים וכשר מן התורה וכ"מ לחסידי אומות העולם אלא דל"ע קלת דמשמע דקאי אערכאות ולא משמע דמיירי בחסידי אומות העולם רק דלא מקבלי שוחדא. וזהו מה שקשה קלת אבל הדין אמת לע"ד:

מה שכתב פר"מ ומה"ד שברונ"א י"ד סוף סי' קצ"ט יעיין בהיפוך ומזה בהמרדכי דמייתי רמ"א סי' קכ"ח סעיף ב' וע"כ אין הנושאים שוים. וה' את שנותיו יאריך הב"ד א"כ:

משה הקטן סופר מפפד"מ:

סימן כא

להרב הג' מו' עקיבא שלום מק"ק ארהייב במדינת רוסיא:

ע"ד העדות שהעיד ר' יוסף הרופא כי בא אליו ר' דניאל מקינאן לביתו לק"ק שאנקע לרפאות שבר רגלו ושם הרופא וירא והנה נשמט עצם הקולות שלו לגמרי ויאמר לו הרופא אחרי כי נשמט לגמרי אינכו בקי להחזירו לזאת יסע לק"ק קישע והעיד ר' ישראל שערקיל כי ראה את ר' דניאל הנ"ל יושב על העגלה ואמר לו כי נוסע הוא לק"ק קישע להרופא אשר שם כי כן יעצהו הרופא ר' יוסף ושוב באו שני עדים והעידו שראו את המת הנמצא על אם הדרך שמק"ק שאנקע לק"ק קישע והכירוהו בט"ע כי זהו ר' דניאל מקונין בעל האשה שנשע אתמול מק"ק קישע והיה קלת נתפח בפניו ושני קוליותיו שמוטות מהגוף לגמרי והגוי העגלן לא נודע זכרו אם יש להתיר האשה מכבלי העיגון:

והנה הרב הג' מוה' עקיבא שלום חיות נ"י בירר לאדי ההיתר שיש לצדד בזה וימצא ארבע הא' שנמצא מונח באם הדרך שמק"ק שאנקע לק"ק קישע ונודע כי הליכתו היתה לשם ב' כי ניכר הוא בפרצופו ג' שהיה סימן ברגלו והי' סימן מובהק דראש העצם נשמט לגמרי. ד' שהי' טריפה אחרי שנשמט כל העצם וזה לפי דברי הר"ן באלו טריפות אף בלא עיכול גידי' וא"כ טריפה אינה חי':

ואמרתי לעיין קלת תחילה מלד שמיטת ירכו של הנאבד שנשמט עצם התקוליות לגמרי הנה מלשון הר"ן שכתב מסתברא דאם ניטל הירך טריפה גם אם לא עיכול גידי' דלא מלי הדר בריא מלשון זה הי' נראה לפענ"ד דכוונתו שניטל לגמרי וקמ"ל דעיקר טריפות בעיכול גידיה הוי רק משום דלא הדר בריא ולזה ממילא בניטל לגמרי דוודאי לא הדר בריא הוי טריפה אבל אם לא ניטל לגמרי שילא ונשמט אחורו בזה שפיר איכא למימר דישוב עוד למקומו או בידי אדם או מאליו וכיון דלא עיכול גידיה תהדר בריא דאם כוונת הר"ן דכל שילא ונחורו לגמרי לא הדר בריא וטריפה הי' הוא ז"ל מלמדינו מניין לומר כן דאם ניתק עצם אחד ממקומו וילא לגמרי אף שמשיבין אותו למקומו לא הדר בריא ומלד הסברא לכאורה אין הכרע לכך ואם הר"ן מסברתו הרחבה חידש כן לא הי' סותם דבריו. וכן נראה לפענ"ד דעת רש"י ותוס' בחולין דף כ"ו ע"א שכתבו דשמוטת ירך דכולי' שמעתין היינו בעיכול גידי' ומדקרי לעיל שף מדוכתי' וכאן שמיטת ירך אלא דלעיל איירי בלא עיכול שייך שף מדוכתי' וכאן בעיכול גידי' שייך שמיטת ירך. ואם בנשמטה לגמרי טריפה היו רש"י ותוס' מפרשים דלעיל מיירי בנשמטה קלת ולא לגמרי וכאן איירי בשמוטה לגמרי דהי' נאות יותר לפרש שינוי לשון דשף אדוכתי' ושמיטת ירך ולפרש דהחילוק היא משום עיכול גידי' דאינו מרומז בלשון כלל. גם בבכורות דף מ' ע"א כתב על נשמטה ירכו דמתני' דמיירי בלא עיכול גידי' ואם היה סובר דנשמטה לגמרי טריפה היה לו ז"ל לפרש דמיירי שאינה נשמטה לגמרי שיש לטעות יותר אע"כ דאף בנשמטה לגמרי בעינן עיכול גידיה דאל"כ אם יחזיר הקולות למקומו הדר בריא. ואם באמת דעת רש"י ותוס' כן וודאי אף דעת הר"ן כן כי לא יחליק עליהם במסתברא בלבד:

ואי קשיא א"כ היינו בהמה שנשתברה רגלי' או נחתכו לא היא דשם ניטל ונחתך ואין לומר שם עור ובשר חופין אותו אבל אם אשתקל קירטיתא מיני מעור ובשר חופין אותו

כשר וכאן בקולית אם ניטל ראש העצם אע"ג דהעור ובשר חופין אותו ואפ"ה טריפה משום דתו וודאי לא הדר בריא והוי כמו ניקוב ניביה דחיפות עור ובשר איננו מועיל. וכן נראה מדברי מע"מ דף קע"ז ע"ב יע"ש גם הכנה"ג בסי' בהגהות בנו אות כ' הביא דברי דמש"א (ספר דמש"א איננו בידי) שהקשה תיפוק לי' דהוי נבלה והכנה"ג דחה קושיתו דנבלה לא הויא רק היכא דניטל הירך וחלל שלה ניכר והר"ן איירי באין החלל ניכר ולא הוי רק טריפה משום דלא הדר בריא ועדיין לא פירש הכנה"ג מה חידש הר"ן אבל כוונתו כמ"ש למעלה. ועכ"פ מדברי שניהם למדנו שפירשו דברי הר"ן בניטל ממש ולא מצאתי להכנה"ג שחולק על הר"ן רק להיפך שמתרץ דבריו וגם בפרי תאר בס' כ"ה ס"ק ע' אחרי שהביא דברי הר"ן כתוב וז"ל ונראה לי דווקא הירך כולו לחלוטין אבל אם נשאר חלק מן הבשר דבוק כשרה ועיין שם דביאר בהדיא דדבריו דהר"ן לא מטריף אלא בניטל ממש עד שכתב על דברי הר"ן שלא הוצרך לכך דמתני' היא מן הארכובה ולמעלה אסורה יע"ש וכבר כתבנו דאין ראי' ממתני' לדברי הר"ן והיינו טעמא דרבותינו האחרונים שהשמיטו דברי הר"ן דלכאורה אף דאין אנו בקיאין בניקוב ניבי' מ"מ לענין ספק יש נ"מ אם אינו ידוע מתי נשמט אם קודם שחיטה אם לאחר שחיטה שכ' הש"ך בס"ק ד' בשם סמ"ק דכשר דבשעה קלה וודאי לא איעכל ניבי' והי' לו לבאר דאם נמצא שמוט לגמרי דטריפה מספק כיון דלא בעינן בנשמט לגמרי ניקוב ניבי' אלא וודאי אף בנשמט לגמרי כל שלא ניטל כשר אם לא ניקוב ניבי' ובניטל רחוק לתלות ספק כיון שהתנו שעכ"פ צריך שבא לפנינו שלם וכל שלא ניטל אין חשש וראיתי לבעל לבושי שרד שפירש דברי הר"ן שנשמט לגמרי ואע"ג שלא ניטל טריפה ולפענ"ד אינו וגם דעת האחרונים אינו כן וכמ"ש :

ולפ"ז א"א להעמיד היתר עגונה הלזו מפני הטריפות שהי' לבעלה ולהתירה עכ"פ אחר י"ב חודש כיון שלא ניטלה ירכו רק נשמטה ובעינן ניקוב ניבי' ואם באנו לומר דהוי סימן מובהק גם אם נחליט כן א"כ הוי להיפך שהרי בזמן הנמצא שתי ירכים נשמטות ואיננו ר' דניאל הנאבד ואם באנו לבקש להסיר כבלי העיגון מן העלובה הזאת צריך שיאמרו חכמי לב בעלי דעה ישרה כי יתכן מפני הנפילה או מפני סיבה אחרת נשמטה ירכו השני' וא"כ אין עוד סימן כלל דאולי אחר היא ושתיהן נשמטו ע"י נפילה או סיבה זולתו ולומר בזה תולין הקלקלה במקולקל כשהיא דנדה וודאי לא יעלה על דעת להתיר א"א לעלמא על סברה זו ומעתה לפ"ז לענ"ד אין היתר מצד הסימן כלל ודי לנו אם ישפטו בעלי דעה ישרה כי איננו הוכחה שאין זה הנמצא ר' דניאל :

וצריך לעיין ולחפש מצד שאמרו העדים כי הם מכירים אותו בטב"ע רק שהוא ספק אם הוא לאחר ג' ימים או לאו וגם צורת פנים נתפח קצת אבל גופו שלם רק שנשמטו שתי הקולית לגמרי והנה הדר"ג כ' לצדד להתיר יען נמצא בדרך אשר בין ק"ק שאנקיע לק"ק קיבע וק"ל דמקום הוי סימן ואם ספיקא דג' ימים הוי ספק ד"ת מ"מ בזה סימן מקום כ' הדר"ג כי' כיון דבזה סימן מד"ת מהני ורק מדרבנן החמירו שוב יש להקל מפני סימן מקום ושוב שדי נרגא בהתירא דלא דכיון דנשמטה שתי ירכים ואין לך אין גופו שלם יותר מזה ובאות ג' פלפל בדברי הר"ן וכן באות ד' וכבר כתבתי עניותי בזה בהך דהר"ן דלפענ"ד היינו ניטל לגמרי רק שכתב הדר"ג כי' דלכאורה ממ"נ מותרת לאחר יב"ח דאם נשמט לגמרי טריפה א"כ מותרת לאחר יב"ח ואם איננו טריפה א"כ הוי גופו שלם ודבריו בזה אינם מובנים לי כלל דהרי זה שכתב ר"ת דבגופו שלם מעידין עליו (ואפילו לאחר ג' ימים ובספק תולין לדעתי אפי' אין גופו שלם אלא שאין לצדד להקל רק בהרתי לעיבותא זה נראה כוונת הדר"ג כי') והרי אין ר"ת אומר כן רק מכח סברתו הרחבה כמו שכתב הרא"ש ותוס' דמכח טב"ע דבגופו ניכר הוא ולמה יהי' הטב"ע יותר ניכר אם הדין דנשמט כשר הוא משום דהדרא בריא מאבר יהי' ניכר אם הדין דטריפה כדעת הר"ן לדעת הדר"ג ואם

הי' לשון גופו שלם שנוי במשנה ובברייתא הייתי מצדד לומר דאם היא טריפה לא כוונו חכמים על מי שירכיו שמוטות לקראו גופו שלם ואם הוא כשר יתכן לקראו גופו שלם אבל עתה שר"ת אמר כן מצד הסברא דוודאי יש טב"ע אם גופו שלם אין לנו לדון רק אם שמיטת הירך לגמרי גורם שינוי בתמונת הגוף וצורתו ותבניתו או לא ובאמת הי' נראה לפענ"ד כל שאין חסר ממנו מאומה אף שע"י מישוש נודע שנשמטה ירכו לגמרי וכמו שאמר הרופא שמישש ומצא ירכו שמוטה לא יצא מכלל גופו שלם וכ"ש המכירים אותו בטב"ע בהיות כבר ירכו שמוטה הי' נראה לפענ"ד דמקרי גופו שלם לולא שהדר"ג פשיטא לי' דאם נשמטה לגמרי טריפה :

והנה זה שכתב הדר"ג כי' דכל שיש סימן אחד מותרת ד"ת ולכך יש להקל בספק ג' ימים מצד סימן מקום זה שסימן אחד מתיר דבר תורה באמת כן נראה לכאורה דעת הרמב"ם דבסימן אמצעי מד"ת מותר כמבואר מזה בהלכות נחלות ושאר המקומות אבל דעת הרא"ש וסיעתו רבים דכל סי' אמצעי אינו מועיל ודיקא באיסור דכיון דלא איפשטא הבעי' אם סימנים דרבנן ולא מהני באבידה רק מפני התקנה וכמ"ש הרא"ש בפרק ב' דמציעא סימן י"ג וכ"כ בש"מ שם בשם הראב"ד. וכן גירסת רב יהודאי גאון שם וגם מה שהביא מהך דב"מ דמקום הוי סימן ללמוד דכה"ג מה שנמצא בין שאנקיע לקיבע לכאורה קשה דהרי סימן דאבידה היינו במוצנע ומכומס ודרך הינוח אבל דרך נפילה אעפ"י שידענו שהלך שם אין מקום סימן כלל וסימן מקום שכינו במציאה הוא רק שבעל האבידה מכוון ומכומס המקום ואז אפילו לא ידענו כלל שהלך בעל האבידה במקום ההוא אפ"ה הוי סימן וזה לא שייך כאן. והנה באמת יש פוסקים שמקילים בזה בידענו כי הנאבד הלך בדרך שנמצא שם חלל בדרך והמבי"ט כתב זה מצד הסברא דעכ"פ הוי כמים שאין להם סוף ועדיף מיני' ולזה אם יש עוד הוכחות יש להקל לדעתו גם בעל שב יעקב כתב והביא ראיה ממדה שאבד בה קבר וכו' אבל מהך דב"מ לא הביאו כלל ונראה מטעמא דאמרן דשם אף שלא נודע כלל שהלך בעל האבידה בדרך ההוא אפ"ה כיון שנמצא דרך הינוח והוא מכוון המקום הוי סימן להחזיר האבידה וזה שייך באבידה ואינו ענין לעגונה דאיתתא כלל.. ולכאורה נראה באבידה אם נמצא דרך נפילה אף שידענו שהלך בעל האבידה באותו הדרך ונאבד ממנו חפץ לא אמרינן דמסתמא ממנו נאבד וצריך להחזיר אליו בלא שום סימן וכן מוכח מתוס' בב"מ דף כ"ב ע"ב ד"ה אי דליכא סימן שכתבו לרש"י הא דאמרו אבידה ולא אמרו סימנים לא אמר כלום היינו אע"ג דלא חשדינן לי' דמשקר מ"מ אמרינן שמא אחר ג"כ אבד חפץ כזה משמע כל שאינו מכומס המקום אע"ג שהלך בדרך ההיא ואנו מאמינין לו שאבד אפ"ה אין מחזירין לו ואם בממון הקל לא סמכינן כ"ש בערוה החמורה גם בנו"ב קמא בסימן מ"ו דחה דברי המבי"ט והשב יעקב כיון דבכל דרך שיירות מצויות וא"כ אין ספק שהלכו בדרך הזה הרבה בני אדם ולמה נאמר על ההרוג הנמצא שהוא פלוני ולא אחר והיינו דהוצרך הרמב"ם בהלכות גירושין כל הנך סימנים משום דסימן מקום אין כאן :

ומ"מ אהני לן ג"כ סברת המבי"ט היכא דאין שיירות מצויות ובזה יש כאן צד להקל דהרי לפי העדות נמצא באם הדרך ואם באנו לחוש שזה הנמצא אינו ר' דניאל הנאבד אעפ"י שצורתו דומה לו מ"מ אחר הוא ונשתנה פניו לצורת הנאבד מפני שהוא אחר ג' ימים והרי אין דרך ישראל אפילו הריקים והקלים שבנו לראות ישראל מת מושכב בדרך ולא יודיע עכ"פ במקום שהוא שם כי נמצא חלל בדרך שהלך בה וע"כ לא הלך בן ישראל בזה הדרך כי אם הוא ר' דניאל או אחר זולתו וליכא למימר כדברי נו"ב שאין ספק שהלכו שם הרבה בני אדם דמ"מ אם הלכו הרבה בני אדם מישראל א"כ וודאי זה הנמצא לא נשהה ג' ימים דאם היה ג' ימים מונח כאן איך לא נמצא ממרבית בני אדם שהלכו בדרך אחרי כי היה מושכב באם הדרך ואם לא הלכו רבים א"כ יש

לתלות

לתלות כי המגלה הוא ר' דכיאל הנאבד וראיתי להגאון בעל קלה"ח שהעמיק והרחיב בדינו של המנצ"ע בספרו שב שמעתתא בשמעתתא י"ז מפרק י"ז עד פרק כ"א ואין הזמן מסכים לעיין בכל דבריו ת"מ אף שגם הוא איננו מסכים לדברי המנצ"ע מ"מ היכא דאין שיירות מלויות דעתו להקל. ובנידון זה כיון שהוא ספק אם תוך ג' או לאחר ג' דכמה מקילין כדעת ר"ת אף שאנו חוששין לדעת המחמירין מ"מ היכא דאיכא לדדים להתיר היה אפשר לסמוך ולהקל. ולענין קושית הט"ז אמאי לא כאמר דאוקי אחזקת חי והשתא מת ומה שתירץ הב"ש בסעיף קטן פ"ד תמה עליו הנו"ב דכיון דע"כ אחד מת מאי חזית דמוקי לזה הנאבד על חזקת חי ואחר מת הלא גם האחר הוי ליה חזקת חיים וכמו שתמה עליו הנו"ב קמא בסימן ל"א. ולפענ"ד נראה דהרשב"א דמחמיר טעמיה משום דעיקר שאנו דנין על המגלה מת היינו אם יש להתיר אשתו שלזה שנדמה לן שהוא בעלה ואמרינן דמוקמינן לבעלה בחזקת חי עודנה וא"ל שגם אחר נוקים אחזקת חי דסבירא ליה להרשב"א כסברת הרמב"ן שהביאו הרשב"א והר"ן בגיטין דלכך באומר לשלוחו לא וקדש לי אשה ומת אסור בכל נשים שבעולם אע"ג דכל הנשים מותרת משום דמוקמינן לכל אחת בחזקת היתר מ"מ הוא אסור שמא היא ערוה ואין חזקת קרובתיה מועיל לזו שאנו דנין עליה ה"ה הכא אין חזקת חיים של איש אחר שאין אנו דנין על אשתו מועיל לזו שאנו דנין עליה ולומר דוודאי בעלה מת כמובן ור"ת דמיקל סובר כדעת התוספות דהוי רק משום קנסא :

ומ"מ לא מלאני לבי להקל בזה ואם היה ברור לנו שהוא טריפה היה אפשר להתירה לאחר י"ב חודש רק שיש לחוש לדעת ר"ת ומ"ש ומעכ"ת דלר"ת בלא"ה מותרת ס"ל דספק בתוך ג' תולין להקל אין זה כשדרה וגולגלת שאין לחוש לחומרא (עוד יש לעיין אם כאמר תירוץ הב"ש דלר"ת דווקא בטריפות הרגל שכוטל תנן במתניתין דמותר אבל בשאר טריפות יש חילוק בין אדם לבהמה אם יש בטריפות דרגל א"כ להמהרש"ל דס"ל דהך דטריפה אינו חיה הוא רק רוב בלבד והפלתי כבר ישב על ככון שיטתו א"כ בטריפות הרגל בלבד אמרו דאין יכול לחיות כלל אבל בשאר טריפות אין הולכין אחר הרוב להתיר אחר י"ב חודש לדעת מהרש"ל דהא מיס שאין להם סוף רוב למיתה ואפ"ה אסורה להנשא מ"מ בנידון זה גם אם כאמר כיון דאיכא כל הני לדדי להתיר יש לסמוך על החולקים עליו הרשב"א וסיעתו האחרונים המקיימין דברי הרשב"א) מ"מ אחרי שלא נתברר לנו שהוא טריפה קשה בעיני להקל (ויומחול כבודו לעיין בפלתי כ"ז סעיף קטן י' שעמד בזה דמאי פריך דלמא נח גופו טריפה הוי דהא אזלינן בתר רובא. וא"כ וודאי לא היה טריפה וכדחק לומר דקושית הג"מ למ"ד חיישינן למיעוט ופולה לכוון כן בתוספות שם ולולא דבריו הייתי אומר דכהי דרובא לא הוי טריפה מ"מ כיון דוודאי כמלאו טריפות בעולם שוב אין להכריע דמחוסר אבר פסול לב"כ דדילמא כח גופו טריפה הוי ולכך היה השם יתברך אומר לו מכל חי) ועל כל פנים קלותי מאוד להורות בנידון :

ואולם אם אמת הדבר שאומר לפני התורכי המוציא תשובתי הרמתה כי' שיש למלוא בני אדם המכירין בטביעות עין את הבגדיו שהיה ר' דניאל לבוש בכסעו מק"ק שאנקיע לקיסע אז היה פתח היתר מרווח לפנינו דכיון דידענו דבגדים אילו היה ר' דניאל לבוש בתוך ג' ימים א"כ אף דקי"ל דחיישינן לשאלה מ"מ הרי מעידין אלו העדים שזה ר' דניאל בתוך ג' ימים היה לבוש בכלים אלו או בסימן מובהק או בטביעות עין גמור אין לחוש שהשאיל לאחר והאחר מת דא"כ לא היה כדומה צורתו לר' דניאל כיון דוודאי היה בתוך שלשה ובמקום אחר כתבתי דוודאי מהני טביעות עין בבגדים מהך דכלי אכפורי' וכל שכן בשני עדים. יתן ה' בחסדו ויאיר עינינו בתורתו ויצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות דברי ידידו החותם באהבה היום יום ה' ג' תמוז תר"ז לפק"ק אוכגומאר יע"א : ה"ק מאיר א"ש

סימן כב

שנית להנ"ל על ענין הנ"ל :

אמרותיו הגיעוני ואשיב מעט על אשר השיג על דברי הנה כתבתי כי לפענ"ד מוכרח דעת רש"י ותוספות בחולין דאין חילוק בין כשמטה הירך לגמרי או קלת דלעולם הדרי בריא דאם לא כן לא היה מפרשים שמוטת הירך דטריפה דמיירי באיעכל ביצי' אשר אין מרומז כלל בלשון שמוטה לומר דמיירי באיעכל ביצי' יותר ואשר יקרא באיפסק ביצי' דכשר והיו מפרשים דמיירי בכשמטה לגמרי דכרומז יותר בלשון שמוטת ירך : ומעכ"ת כי' השיב משום דאמר שמוטת הגף והתם טריפה אף אם לא כשמט לגמרי אף ע"ג דהתם טריפה גם בלא עיכול ביצי' י"ל איידי וכו'. והנה אחרי כי מעכ"ת אמר איידי למה לא יפרשו שמוטת ירך לגמרי ויפרשו איידי. ועוד כיון שיותר לדעתי מרומז בשמוטת ירך כשמטה לגמרי ומעיכול ביציה רב גופיה איך סתם ואמר שמוטת ירך ושמוטת הגף ונדע ממילא דמיירי באיעכול ביצי'. ומעכ"ת כתב דגם בבכורות לא הוצרך רש"י לפרש דמיירי בלא כשמט לגמרי אחרי שפירש בחולין הך שמוטת ירך דמיירי בלא כשמט לגמרי שסומך על מה שכתב בחולין דשמוטה היינו שנתעכלו ביציה והוא פלא בעיני כיון שסמך עלמו על היודע סוגיא דחולין לא הוצרך לפרש כלל דמיירי בלא עיכול ביציה ויותר היה לו לרש"י ללמדנו דמיירי שלא כשמט לגמרי שלא שמענו כלל רק בר"ן בחולין לפי פירושו והנה הר"ן כתב כיטל ופירושו לפי מה שראיתי בדברי הבאים אחריו היינו שניטל ממש ולא שנשמט הפרי תואר כתב כן ולא לחלוק על הר"ן בא חלילה לקדוש ה' כמוהו לדחות דברי הר"ן בפשיטות אבל מבואר שהוא מפרש דברי הר"ן וגם בעל דמש"א שהביא בעל כנה"ג פירש כן ולכך הקשה דהיינו כיטל הירך נחלל שלא ניכר והכנה"ג שהשיב עליו ודחה אותו דהתם ניטל הכל עד שהחלל ניכר אז הוי נבילה רק הקשיא על הר"ן אם ניטל היינו מתני' דבהמה שנחתכו רגלי' וכזה אמרתי דמתני' מיירי שנחתך לגמרי ולא שייך שם עור ובשר חופין אותו אבל כאן מיירי שניטל שלם הקולית לגמרי ועור ובשר קיימין דאפ"ה טריפה כיון דלא שייך הדר בריא ורק שלא יהי' נראה רחוק שיכטל העלם לגמרי ויהי' עור ובשר קיים וחופין אותו לזה כתבתי שיתכן דהיינו ראש הקולית שהוא כבוכנא באסיתא כוטל לגמרי דאז טריפה ג"כ אעפ"י שעור ובשר חופין אותו ומה ענין לזה תשובת הרשב"א שהביא הב"י בטור ובשו"ע סימן ו"ו שכוטל קורט מראש הקולית ורוב כביו קיימין ולא כתעכלו רחוק הוא בעיני שיאמר מעכ"ת שאם כשמט לגמרי ממקומו טריפה. ואם כשבר ראש עלם הקוליות לגמרי יהיה כשר לגאת אינני רואה שכיף לענין התיר אשת איש לאחר י"ב חודש בכשמט ממקומו אף שלענין טריפות הואיל שהגאון בלבושי שרד הורה כן לאסור הייתי מורה כדבריו אבל להקל באיסור א"א אין להקל כלל לפי עניות דעתי :

בדין אם זה המגלה וכשמעו יריכיו אם יקרא גופו שלם לא למעשה אמרתי וכל שכן בזה שהיה נתפח קלת פניו כמ"ש מעכ"ת כי' וקשה עלי לחלק בזה בין עד אחד לשני עדים כמו שאין לחלק במתניתין דאין מעידין על פרלוף בין אחד לשנים :

בדין סימן מקום האמור בב"מ לפענ"ד לרש"י היינו מקום מלומלם וכמ"ש רש"י שם דף כ"ב ע"ב מקום מכרית ולפי דברי התוספות שם עיקר הסימן הוא לדעת רש"י מה שיודע מה האבידה ורק בלא סימן מקום חוששין אולי אדם אחר ג"כ אבד חפץ כזה אבל ע"י סימן מקום אין חוששין עוד וא"כ אין שייך כלל זה להתיר עגונה שאין אנו יודעין כלל מבעל האשה רק שאנו יודעין שהיה בזה הדרך וכן לדעת התוס' שם וכבר כתבתי שאין אחד מן הגדולים אשר ראיתי מביאין ראיה מסימן מקום דמליאה לכאן באופן אחרי אשר אין כאן הוס סימן לא

לא בבגדים ולא בגופו כלל אחרי כי הכאבד ירכו ה"א לבד כשמעה והכמלא ג' הירכות כשמעו ואם קרא לו כן מפני כפילה או זריקה אחרי כן א"כ עכ"פ אין כאן סימן כלל :

ואשוב עוד לומר מה שכתבתי במכתבי העבר אם הכמלא היה מוטל על אם הדרך ויש שם מן הקתס ערי ישראל קרובים לדרך ההוא ואחרי כי אין דרך בני ישראל לראות מת ישראל מוטל על אם הדרך ולא יודיע אל עיר הקרובה אל החלל ואם באנו לחוש שזה הכמלא איננו ר' דניאל הכאבד על כרחינו שהיה מוטל בר מנן הכמלא שלשה ימים כיון שהוא דומה לפי עדות שני עדים שהיה דומה לצורת ר' דניאל וא"כ לא עבר אדם מישראל בזה הדרך זה שלשה ימים וא"כ אין הדרך ההוא שכיחי רבים וכיון שידענו כי ר' דניאל נסע בדרך ההוא ולא ידענו מאחר בזה יש לסמוך על סברת המבי"ט דאין כאן עוד איסור תורה והחולקים בכה"ג מודים אליו ואחרי שהוא רק ספק שלשה ימים יש לני שלבו כמשמעתי להורות קולא אבל אנכי קלתי בעיני מאוד מהורות קולא בזה : ה"ק מאיר א"ש

סימן כג

לכבוד הרב המאור הגדול חריף ובקי מהור"ר אשר אנטשיל אב"ד דק"ק טשענגר יע"א :

אשר דרש מעכ"ת אודות אשה אחת אשר בעלה נסע מביתו ולא שב עוד ושמו מענדל בן ר' ישראל חיים ונכרים הגידו במקל"ת כי בעבר שבולת מים אשר יולא מנהר והנהר אז מלא על כל גדותיו שטפוהו זרם מים כבירים באין מליל . ואחר עבור אחד עשר יום כמלא מת אחד לף בנהר ולא נלקח מן המים כי כמע"ת השכיל לעשות בהעמיד שומרים וילו עליהם לבלתי הוליאו מן המים עד כי יבואו ישראלים מכירים את ר' מענדיל וכאשר כמלא המת בפניו היו לבד המים הפכוהו ישראל ויראו כי פניו נפוחים עם כל זאת אמרו כי הוא ר' מענדיל הכאבד וחייט ישראל העיד כי מכיר את הבגד שפעכזער אשר עליו יענהוא עשה לו אתו ואף העלית קטן הכיר החייט ואת הוועסטא אשר עליו אמר כי קנהו ר' מענד"ל ממנו גם כמלא אתו באנקנאטע מחומשה כסף ויאמר אחד מהעומדים שם כי הבנקנאטע שלו הוא כי הוא כתן אותו לו לשכור עגלות והבנקנאטע הי' לע בנייר וכתוב עליו חשבון ויאמר האיש ההוא לפני הב"ד כי הוא מכיר אותו והחשבון הכתוב עליו היה בינו ובין ר' מענדיל הכאבד אלה הם העדיות אשר על ר' מענדיל הכאבד אבל סימנים בגופו או בכליו אין שם כלל ויחקור מעלת כת"ר כי' אם יש בעדות הנ"ל די להתיר כבלי העיגון מאת אשתו ר' מענדיל :

הנה מעלתו נשא ונתן במכתביו בעניכים אשר איכם ענין לנידון שלפנינו ומי יכריע בין ההרים וכ"ש ע"ד הפלפול ומ"מ אבוא בקילור במה שהביא באחד במכתביו מה שהקשה הגאון בעל קלה"ח בסי' רכ"ע ס"ק ב' על הרמב"ם פ"ז מה' נחלות שכתב דאם העידו עדים דפלוני שיש סימנים בו מת הבנים יורדים לנחלה על פיהן שלא החמירו חז"ל באילו רק מפני איסור כרת ותמה הקלה"ח ממ"נ באיזה סימנים מיירי הרמב"ם הלא מקפקא לן אי סימנים מהני מד"ת בממון גם כן ואיך קאמר הרמב"ם דהחמירו מפני איסור כרת ואם מיירי בסימנים מובהקים הרי אף באיסור כרת כאמנת וכמ"ש הרמב"ם בפ"ג מהל' גירושין דאם אמרי נקב יש בלד אות פלוני דמהימנא ומחזירין הגט יע"ש . הנה בתשובת הרא"ם פלפל הר"א ומהר"ד בן יחייא בדברי הרמב"ם אלו דמהר"ד דקדק מדברי הרמב"ם הללו דאין מתירין בסימן מובהק כלל בעדות אשה יע"ש שנדחק מאד ליישב הא דפסק הרמב"ם כרב אשי בגיטין דנקב מלד אות פלונית מהני יע"ש ולפענ"ד הי' אפשר לומר לפמ"ש הש"מ בב"מ בשם הרא"ד שכ' על הא דמוקמינן דפליגי אם שומא מלויי' בב"ג וכתב הרא"ד ואכי תמה על שאר עניכים הנולדים עם אדם כגון רגלו עקומה ויתר בידיו ורגליו שש ושש וכמה אידושין

הנולדים עם האדם אם מלויין בב"ג ומה הפרש בין שומא לשאר אידושין ולמה דברו על שומא יותר מכולם או שמא דברו עליה וה"ה לכולם וכו' יע"ש למדנו מדברי הרא"ד דיש מקום לכל הנולד עם אדם אף היותר זר כגון שש ושש יתר בידיו ורגליו אפ"ה יש מקום לומר דלא הוי סימן משום דמלויין בב"ג והרמב"ם הזכיר דאפי' שומא אין מעידין הייכו משום דמלוייה בב"ג וה"ה לכולם וס"ל דאף למ"ד דחיים למלוי בב"ג הייכו מדרבכן משום חומר איסור כרת אבל לא בממון ועל סימנים כאלה כיון הרמב"ם בה"ל נחלות אבל מה דלא שייך ביה לומר דמלוי בב"ג וודאי סימן מובהק מהני וכ"ש דמהכי בגט נקב יש בלד אות פלוני דלא שייך לומר ב"ג . ובזה מבוארים דברי בעל עיטור שהביאו שם בתשובת הרא"ם ובב"י סימן י"ז שכתב וז"ל ומסתברא דליכא סימן מובהק אחריכא בגופו אלא הכרת פנים דהא קיי"ל סימכין דרבכן ואפי" שומא לאו סימן מובהק הוא עכ"ל . ובגט פסק דנקב יש בו בלד אות פלוני מהכי . ולהכ"ל ניחא דבעל העיטור לא קאמר אלא בשיכויין הכולדים עם אדם דומיא דהכרת פנים באלו קאמר דלא מהכי ומשום דמלויין בב"ג ולכך מסיים דאפילו שומא לאו סימן מובהק והייכו משום דמלויין בב"ג ואין זה ענין לנקב יש בו בלד אות פלונית וה"ה באדם אם מסתכח כה"ג מה שאין לומר דמלויין בב"ג והוא סימן מובהק מהכי ואולי כדבר עוד בעה"י בדברי הרמב"ם אלו לקמן :

ואולם אחרי שהסכימו רבותינו הפוסקים והחליטו דאפילו בשיכויין הכולדים עם אדם כגון אלבע יתירה וכדומה מהכי אין להרהר אחריהם וכל הפוסקים המפורסמים החליטו סימן מובהק אפילו כולד עם אדם מהכי וסימן בינוני אפילו כתחדש אח"כ באיסור לא מהכי. ועכ"פ בכידון שלפנינו אין זה ענין שהרי אין כאן סימן לא בגופו ולא בכליו רק טביעת עין בלבד וכיון שפניו כפוחים אין טביעת עין בו ורק בכליו העידו שמכירים בטביעות עין. ויש בזה תרי רעותא חי משום דחיישינן לשאלה וחי משום כיון דידעו הטביעה אולי אולי בדדמי ולענין חשש שאלה היה מקום לומר כיון שכמלא לו טלית קטן עליו . וכבר כתב מהרי"ט דלא חיישינן בו לשאלה כמו שהובא בקונטרס עגונות בשם תשובת מהרי"ט רק שרבינו הב"י האריך עליכו לומר דאם סימנין דרבכן בעינן סימן מובהק ביותר אף בכלים דלא מושלי חיישי' לשאלה כמ"ש הב"ש והאריך בכו"בי תכינא להוכיח דגם טביעות עין לא מהכי לדעת הב"י בכלים דלא מושלי איכשו למ"ד סימנין דרבכן ולהכריע בראיות כגד הב"י קשה בעיני להורות יעיין מעלתו בתשובת חלקת מחוקק שהובא בסעיף קטן כ"ח כמה לדדי היתר שהיו שם היכר כל בגדיו ופסק דין שכתן לו הגאון בעל חלקת מחוקק ואפ"ה פקפק בהיתרא של האשה אם לא בלירף סימנים שהיו בגופו ואפ"ה לא מלאו לבו להיתר לבדו ואכן מה כענה בתריה. והנה הח"מ כתב דאת"ל דחיישינן לשאלה יש לחוש ג"כ למכירה ולגכיבה ותמהו עליו דא"כ באוכף וכים וארנקי כהי דלא מושלי איכשי מ"מ כחוש לגכיבה או לכפילה למכירה. ואמרתי זה כמה דבזה מיושב הא דלא הביאו הטור וש"ע בסימן י"ז להתיר עגונה ע"י כלים דלא מושלי איכשי ובסימן קל"ב לענין גט סמכינן על כים וארנקי ואמרתי עפ"י דברי הרמב"ן שהביא בש"ת בב"מ שכתב דלכך לא חיישינן למכירה משום דא"כ מכין ידע המוכר שאבד הלוקח החפץ שמכר לו עד שיביא ויאמר סימניו. אבל לשאלה שפיר יש לחוש אולי השאיל האוכף והכים לאחר . וכאשר ביקש ממנו שיחזירם לו אמר שאבדו והוא בא עתה ואומר סימני האוכף והכים ליקח ממנו ע"י האמור ולהחזיר לו הגט. ולפ"ז ניחא דוודאי בגט אין לחוש לא למכירה ולגכיבה או לכפילה דמאין ידע זה שקשור בו גט אבל אין לסמוך בעגונה על שמלאו עליו כלים דלא מושלי איכשי דאולי בעלה מכרם לו או כפלו או כגכבו ממנו וזה הוא שמת ולכך לא הוזכרו בטור וש"ע בסימן ע' כלים דלא מושלי איכשי להתיר ע"י בעדות אשה :

ומ"מ כודע שרבים מקילים ומ"מ קשה בעיני לפסוק כגד רבינו הב"י הס אין שם לדדים אחרים באיסור א"א דאורייתא

דאורייתא ואם היו הנכרים מסל"ת שמתו עליו עד שתצא נפשו לא הי' כאן איסור דאורייתא וכבר כ' הנוב"י דבכה"ג מהני סימנים בינונים וכן לא חיישי' לשאלה וכמ"ש מעלתו אלא שמעכ"ת כי' כ' שאין להקל מפני זה בנידון זה כי מה"ת הרי בעינן שני עדים כשרים ורק חז"ל הקילו בע"א ובנכרי מסל"ת וכיון שהם אמרו משאל"ם אשתו אסורה ממילא בעי' סימן מובהק אם באנו להתיר במסל"ת דהם אמרו דע"א ונכרי מסלפ"ת נאמנין והם אמרו משאל"ם אשתו אסורה והוי מן התורה אא"ד. ולענ"ד זה אינו כלל דלדבריו אם העיד ע"א או מסל"ת דטבע במים שאל"ם ראוי לומר אם אפי' ניסת תצא כיון דמה"ת אסורה ומפורש בש"ע בסעיף ל"ד דבין בע"א ובין במסל"ת אם ניסת לא תצא ומוכח כן בגמ' דהרי אשתו שלא חשה דאינסבא עפ"י דיבורו של ר"נ הי' העדות הנכרי מסל"ת כמבואר בתשו' הריב"ש שהעתיק הב"י ודבר הלמד מעניינו הוא שהביאו שם על מסל"ת דנכרי ואפ"ה לא אפקי' ר"נ ואם יאמר מעכ"ת דהם אמרי ג"כ דאם ניסת לא תצא גם בע"א ובמסל"ת א"כ הרי לא עשאוהו כשל תורה ועוד אם שייך לומר הם אמרו והם אמרו בזה א"כ מנין לו לר"נ להקל גם בע"א ובמסל"ת אלא ברור דלא שייך זה כלל להם אמרו וכו' דוודאי כיון שהקילו חז"ל להאמין ע"א ונכרי מסלפ"ת אי משום מילתא דעבידא לגלויי ואי משום דדייקא ומנסבא הרי כאלו ידענו בבירור שעדותן אמת וכאלו עדים כשרים מעידין על זה ואם מקילי' בעדים כשרים במשאל"ם להתיר ע"י סימנים וכן דלא חיישינן לשאלה ה"ה בע"א ובנכרי מסלפ"ת סמכינן :

וראיתי להקצה"ח בספר שב שמעתא שמעתא ז' פרק ג' מחולק על זה וס"ל דסימנין בינונים לא מהני אפילו בדרבנן מה שדקדק מדברי הריטב"א שכתב משום דבשר שנתעלם מן העין חומרא בעלמא היא אינו דקדוק דגם מים שאין להם סוף חומרא בעלמא היא ולכך אם ניסת לא תצא. ומ"ש אדרבה כיון שחשו אפי' במים שאין להם סוף דרובן למיתה וכ"ש שחשו בדבר דלא מהני סימן אמצעי הוא תמוה דמאי כ"ש יש כאן והרי אם יש סימנים במים שאין להם סוף איכא תרתי להתירא רובן למיתה וגם סימנים בינונין ומכן שהחמירו בזה ולא שייך לומר כ"ש כלל :

גם מ"ש דמוכח כן מדברי הנימוקי דסימנים בינונים לא מהני אפילו בדרבנן דהא מוקי ההיא דשני ת"ח דר"פ האשה שלום בסימנים מובהקים אע"ג דהוי מים שאין להם סוף נפלאתי חדא דלמא מיירי שלא שהה עליהם כשיעור ואע"ג דהוי מצי מוקים לה בשהה כשיעור מ"מ כיון דסתמא קאמרי ואמרו סימנין ולא אמרו דמיירי בשהה כשיעור עדיפא ליה להכי מוקי לאוקים לה בדאמרי סימנים מובהקים והא דפריך שם ותסברא ומשאל"ם הוא ואי בלא שהה כשיעור אפילו במים שיש להם סוף אסורה ותצא. זה אינו קושיא דלא מצי להקשות ותסברא הדי לא שהוי דדלמא מיירי בהגידו ששהו אבל מים שאין להם סוף וודאי היו ועוד הא השתא דחי דע"א במלחמה ובמים שאין להם סוף לא מהימנא וא"כ הרי אין כאן עדות כלל על שהיו במים. ולכן צריך סימנים מובהקים. ול"ע :

ומה שהביא הפנ"י מבכורות בבר דהה הוא ז"ל שם ומ"ש הוא להוכיח מדברי הרשב"א שכתב דרב אשי דמוקי בנקב יש בו בצד אות פלוני מוכח דס"ל בשיירות מצויות אע"ג דלא הוחזקו לא מהדרינן. והתוס' כתבו בב"מ בהא דספק רבה דק ואשכח הש"ס דבלא הוחזקו הוי דרבנן ג"כ אין ראיה. דהרי התוס' כתבו שם בתירוץ הראשון ליישב בענין אחר ולאותו תי' משמע דס"ל דהוי דאורייתא ורק בתי' השני משמע דחידשו מה דלא הוי אלא מדרבנן. ובתי' הא' סברי דהוי דאורייתא ולדברי התי' השני שכתבו דהוי מדרבנן איכא למימר דרב אשי רצה לאוקמי משכחנו בשיירות מצויות והוחזקו לכך קאמר דמיירי בנקב יש בו בצד אות פלוני דכיון דאיכא תרתי חיישי' מדאורייתא וצריך סימן מובהק וזה מבואר שם בסוגיא הנ"ל דאיכא למימר הכי אליבא דרב אשי. ובזה מיושב מה שהקשו התוס' בב"מ דף כ"ז ע"ב דמאי לא מוכח מברייתא דמצאו קשור בכיס דסימנין דאורייתא כדמוכח ביבמות. ולהנ"ל יש לומר דהסוגי' בהא פליגי דהתם קאי אליבא דרבה דסובר דכל שאין תרתי שנ"ל והוחזקו מחזירין בלא סימן וא"כ ע"כ ברייתא דמצאו קשור בכיס מיירי ע"כ בדאיכא תרתי והוי דאורייתא ואפ"ה מהני סימן דמצאו קשור בכיס וא"כ מוכח שפיר דסימנין דאורייתא (ואע"ג דאביי משני התם י"ל דאליבא דרבה קמשני הכי ומצינו סוגיות כיוצא בזו דאביי משני אפילו לרבה בר פלוגתיה עיין גיטין דף ס"א ע"ב תוספות ד"ה אמר אביי) אבל סוגיין דב"מ סברי או אזלי אליביה דר"י בחדא נמי לא מחזירין ובחדא הוי מדרבנן ולכך אין הכרח דסימנין דאורייתא דכיון דהוא רק מדרבנן סמכינן אסימנין. ומ"מ פריך דניחוש לשאלה דכיון דאיכא תרתי סימן בלבד ועוד חשש שאלה אף אי סימנין דאורייתא היה ראוי לאסור אף מדרבנן כן י"ל ע"ל ומ"מ של הלכה ועכ"פ אין כאן הכרח לסתור דעת המהר"ם א"ש שהביא בקצות החשן והנוב"י דסברי דבדרבנן סמכינן על סימנים אמצעים. וכ"ש לענין חשש שאלה דיש גדולים דפסקו דלא חיישינן לשאלה כלל אף בדאורייתא וכמ"ש הש"ך בחו"מ סימן ס"ה סעיף קטן ק"ו יע"ש :

אבל כ"ז בשהו עליו עד שתצא נפשו אבל בנידון זה אין מגיד ששהו עליו לראות אם יצא עד שתצא נפשו דקיי"ל אם נשאת תצא לכאורה אין כאן קולא מצד זה והנוב"י קמא בחאה"ע סימן הוצרך לדחות דברי הריב"ש שכ' בהנך דר"א בן פרטא דכותבין עליהם חומרי חיים וחומרי מתים וחד מיני' ספינה שאבדה בים דהיינו טבע בים ולא שהו עלי' עד שתצא נפשו דאפי' נשאת תצא אע"ג דרובא אינן נמלטין משום דאיכא תרי חזקה חזקת חיים דבעל וחזקת א"א להאשה לכך תצא ורק במשאל"ם ושהה עד שתצא נפשו אמרי' אם ניסת לא תצא משום דהנמלטין הוי מיעוטא ודמיעוטי דמיעוטא. ונראה מדברי הריב"ש בסי' שע"ט דמדאורייתא קאמר דתצא. והנוב"י הקשה עליו דע"כ אפי' היכא דאיכא תרי חזקה אזלי' בתר רובא דהרי בפרה אדומה איכא חזקת טומאה דגברי הבא ליטהר וחזקת שאינה זבוח דפרה דאיכא למימר שמא במקום שחיטה נקב הוי ואפ"ה אזלי' בתר רובא אע"כ דבהנך דר"א בן פרטא ליכא רובא כלל וכתב וז"ל ולא ידעתי מנ"ל שהם רובא למיתה וכיון שאין רובן למיתה שוב אין צריכין לסבר' הריב"ש דזה הוי תרי חזקה ועי"ש שהאריך בזה ופירש דאין שם רק חזקה אחת. והנה מ"ש דאין בהנך דראב"פ רובא כלל נראה דאישתמיטתי' ברגע כתבו זאת. גמרא ערוכה בב"ב דף קנ"ג ע"א דאיתא שם להדיא אמר אביי השתא ספינה שרובן לאבד כותבין עליו חומרי חיים וחומרי מתים הרי מפורש כדברי הריב"ש דאיכא רובא ולכך הוצרך הריב"ש לומר דהא דלא אזלי' בתר רובא משום דאיכא תרתי חזקות ואפ"ה פריך אביי שפיר ומדמי הולכין דרובן לחיים מק"ו (ודברי התוס' שם בב"ב ד"ה השתא צריכין תיקון ועדיין לא חלו בהם יד המגיהים) ולענין קושי' הנוב"י על הריב"ש מפרה אדומה יש לתרץ משני צדדים או דס"ל להריב"ש כדעת' הרמב"ן שהביא הריטב"א בעירובין בסוגי' דנפל עליו הגל דלא אמרי' אוקמיה אחזקה אלא בדבר שהס' שם נולד וכ"כ הרא"ש בתשו' מים עמוקים דלכך לא אמרי' שם בריש נדה העמד טהרות על חזקתן ואמרי' העמד אשה על חזקתה כי בה נולד הספק. ולפ"ז אין לנו לדון על חזקת טומאה דגברי הבא לטהר כי אין הספק בו וכ"מ במסכת דר"ע שכ' דהתוס' כתבו דיש בפרה חזקת טומאה חולקין על סברת הריטב"א והרא"ה והריב"ש ס"ל כוותי' או כאמר דחזקת שאינו זבוח לא הוי רק לענין ספק בשחיטה דהיינו אם ספק שהה או דרס או אם ספק שחט רוב הסימנים או לא אבל כשאמר ומחמת חזקת שאינו זבוח שהי' נקב במקום זה לא אמרי' דאדרבה נאמר דהיא בחזקת שלימה ומה"ט כשר בדיעבד אם לא בדק בסימנים אם שומטין כמבואר בתשו' הרא"ש כלל כ' הביאם הש"ך בקיצור בסי' כ"ה ס"ק ב' יע"ש. ואע"ג דהוי חזקה שלא נתבררה מ"מ עכ"פ חזקה

להיפוך אין כאן וכ"ש לדעת ר"ש שהסכימו אליו הראשונים דאיכא חזקה מכח רובא ומכשיר הגבינות בנמצא טריפה וא"כ פרה מעת לידתה היתה בחזקת שלימה וא"א לצרף אח"כ חזקת שאינו זבוח לחזקת טומאה ולומר כי יש שני חזקות ונראה ברור שזה דעת ר"י שהביאו רשב"א והר"ן דיליף דספק נשבר או נשמטי' הגף ספק מחיים או לאחר שחיטה טריפה מנמצא גרגרת נשמע דאמרו ספק בשחיטה פסול ולכאורה אינו מובן דהרי בנשמטה הגרגרת הוי חזקה שאינו זבוח אלא כדאמרן דאין כאן בכיוצא בזה חזקה כלל עכ"פ אין כאן קושיא על הריב"ש ז"ל :

ואולם עוד הקשה הנוב"י על הריב"ש דהא יש תרי חזקות במיתה א"כ מאי מקשה ביבמות דף ק"כ ומתני' דאין מעידין על סימנים בגופו ובכליו מהך דמצאו קשור בכיס ובארנקי בגט דהא בגט אין שם תרי חזקות לאיסור ובמיתה איכא תרי חזקות וא"כ דילמא סימנין הוי כמו רוב דמהני נגד חזקה אחת ולא כנגד תרי חזקות ותירץ הנוב"י דכיון דנמצא א' מת בסימנין אלו א"כ ליכא כלל חזקת חיים כאן דמאי חזית דמוקי להבעל אחזקת חיים ולא לאחר : והוציא מזה הנוב"י דלהריב"ש אם ראינו שנטבע א' בים ולא שהו עליו עד שתצא נפשו ואח"כ נמצא מת א' במים אם ניסת אשת זה שראינו שנפל בים לא תצא ולשיטתו מתירין לכתחלה בסימנים אמצעיים וכן לא חיישינן לשאלה כיון דרק דרבנן הי' בנידון זה ג"כ מקום קולא מכל זה . והנה הב"ש כ' להיפך בס"ק ל"ח דאם ראינו א' נטבע בים והי' לבוש בגדים אלו ואח"כ נמצא במים אדם שהי' לבוש בגדים אלו יש לחוש שמא הראשון יצא והשאיל בגדיו לאחר ואותו אחר נטבע ופשטות דבריו משמע אפי' בששהו עליו עד שתצא נפשו תחמיר לחוש לשאלה דהרי כל הסעיף שם מיירי בששהו עליו כל אותו שיעור וגם אם נאמר דהב"ש מיירי בלא ששהו עליו כשיעור מ"מ הרי נמצא אחד מת ואפ"ה חיים לשאלה וזה ודאי אין לומר דהב"ש מיירי דגם מעיקרא משעת הטביעה לא ידענו אם הוא בעל אשה זו שדנין עליה רק מכח בגדיו דא"כ אפי' הוציאוהו מיד מן המים באותן בגדים א"א להתיר דאולי קודם טביעתו השאיל כליו לאחר ואותו אחר נטבע וגוף הדבר שחידש הנוב"י דלהריב"ש אם ראינו שנטבע א' אעפ"י שלא שהו עליו כשיעור אם נמצא אח"כ מת אדם ואין מכירין אותו כלל אם ניסת אשתו לא תצא · המעיין בדברי הריב"ש ימצא שלא כן משמע והמעיין בסימן שע"ט ימצא שם שלא כן משמע מדבריו שהרי כ' על המעשה שבא לפניו וז"ל שאם הי' כאן מי שמעיד על הטביעה כראוי במים שאל"ס אז לא הי' אסורה אלא מדרבנן לכתחלה וכו' אבל אין כאן מי שמעיד בטביעה אלא שמזכי' וכו' ואינו אומ' בפי' שמכלוף הי' בדוגיא שהו' ראה בטביעתו ששה שיעור שתצא נפשו עכ"ל הרי אעפ"י שנמצא שם אדם מת ועוד שהי' דומה למכלוף ויש ספק אם נשתנה ואפ"ה כל שלא העידו עליו ששהו כדי שת"נ אם ניסת תצא ועוד מוכח כן מדבריו שהרי כ' דלהרי"ף בע"א במלחמה או במשאל"ס אם לא אמר קברתיו אם ניסת תצא והרי"ף לא אמר ריש פ' האשה שלום דנפשטא בעי' דע"א במלחמה רק באומר קברתיו ונפשטה הבעי' מהא דאיתא ביבמות דף קכ"א ההוא גברא דטבע בדיגלת ואסקוהו אגישרא ואנסבי רבא לדביתהו אפומי' דשושביני בתר חמשה ימים ואי ס"ד דאם ראינו שטבע אע"ג דלא ששה אפ"ה אם נמצא אדם מת אם ניסת לא תצא א"כ מאי ראי' דע"א במלחמה או במים נאמן בדאומר קברתיו התם הכל עפ"י העד ואיכא למימר משום דמלחמה בעולם אמר בדדמי וכן היא לא דייקי ולכך אינו נאמן כיון דאיכא איסור דאורייתא וכמ"ש הריב"ש דאם לא אמר קברתיו אם ניסת תצא אבל בעובדא דרבא דקאמר ההוא גברא דאטבע בדיגלת משמע דעכ"פ נודע שנטבע כהי דלא שהו עליו כשיעור מ"מ הרי נמצא אדם מת בתר חמשה יומין וכיון דאין כאן רק איסור דרבנן ולכך לא חשו לאמר בדדמי ולכאורה יש להוכיח כן מסוגי' דהתם ד' קכ"א דאבעי' להו אם ריב"ג לחומרא פליג או לקולא ובעי למפשט מעובדא דכרמי ודיגלת דלקולא פליג דאל"כ איכהו כמאן עביד

וקשה כיון דמשמע דוודאי טבעו א"כ דלמא ע"כ לא אמרי' במשנתינו דלאחר ג' ימים אין מעידין רק אם באנו להתיר אשת מי שנמצא לאחר שלשה ימים ודומה לבעלה של זו בזה חוששין דלמא נשתנה כיון דאיכא איסור דאורייתא אבל בהנהו עובדא דידוע שנטבע ונמצא אחד מת לאחר ג' ימים דאין כאן רק איסור דרבנן כי אולי מעידין אף לאחר ג' ימים אע"כ מוכח דכל שלא ששה כשיעור אף שנמצא אדם מת אם ניסת תצא ואולי נדחק ונאמר דהי' ידוע להם דגם אחרים נטבעו בכרמי ובדיגלת ולכך אף שנמצא מת אין כאן קולא כמובן ולפ"ז גם מדברי הרי"ף אין ראי' וזה רחוק וכבר כתבנו דמדברי הריב"ש אין משמע כדברי הנוב"י בזה :

ולפי"ז נ"ל הא דפריך ביבמות ממיתה על גט היינו כיון דאפשר בגט לתקן שיכתוב גט אחר ומה"ט כתב הרא"ש דהחמיר הרי"ף בגט שאבד יותר בשיירות מצויות ואפשר החמיר לענין עגונה ביצחק ר"ג אם מחמירין בעגונה לבלתי התיר ע"י סימנים הי' לנו להחמיר ג"כ בגט. ויותר נראה דקושית הגמרא אם איתא דסימנים הוי רק כמו רובא ולכך לא מהני במיתה הרי במים שאין להם סוף איכא רוב גמור דאלים מתרי חזקות דלכך אם ניסת לא תצא משום דהוי מיעוטי דמיעוטא ואפ"ה לכתחלה לא תנשא משום חומרא דאשת איש א"כ גם בסימנים לא הי' לנו להקל בגט אף על גב דליכא תרי חזקות מ"מ לא עדיף ממים שאין להם סוף ומדמי תלמודא סימנים אם לא יועילו במיתה משום תרי חזקות ואפי' אם ניסת תצא וכמו שהוכיח הריב"ש דכל הני דתנן בהו אין מעידין אפילו אם ניסת תצא לרוב גמור דמשאל"ס דאסורה לכתחלה להנשא והי' לנו להחמיר בגט אע"ג דאין שם שני חזקות לאיסור מ"מ הרי סימנים גרועים מרוב גמור לדבריך. וכיוצא בזה כתבו התוס' בב"מ דף כ' ע"ב ד"ה איסורא ומתמוהא לתירוצם הראשון אע"כ דסימנים דבר ברור אם מחזירין ע"י גט. וא"כ הי' לנו להתיר גם במיתה ועכ"פ אם ניסת לא תצא ואמאי אין מעידין כלל ולפי"ז אין לצרף מה שנמצא מת אע"ג שהעידו עליו שזה שנטבע כיון שלא שהו עליו עד שתצא נפשו ושלא כדברי הנוד"בי לדעת הריב"ש ועיין בשב שמעתתא להגאון בעל קצות החושן במה שכתב ליישב דברי הב"ש בתירוצו על קושיות הט"ז דאמאי לא מוקמינן בספק שלשה ימים על חזקת חי עיי"ש שמעתא י"ז פרק כ"א ולדבריו אף שנמצא אדם מת איכא שני חזקות על בעלה של זו שאנו דנין עליו יע"ש ואין להאריך :

ואמנם נראה לפע"ד מדברי התוספות והרא"ש בכמה מקומות ועיקרה בבכורות ריש פרק הלוקח בהמה שכתבו בשם ר"ת דקיי"ל סמוך מיעוטא לחזקה להחמיר אבל לא להקל ודקדקו כן מלשון זה דהייט מדרבנן וכמ"ש המהרי"ט אלגזי בהלכות בכורות וכ"כ השעה"מ בהלכות יבום וכתב על המהרש"א שכ' בחולין דסמוך מיעוטא לחזקה הוי מדרבנן כי מפורש כן בתוספות בבכורות (יעויין שם ומה שתמה על הרשב"א בת"ה דמשמע מדבריו דהוי מדאורייתא ולפמ"ש למעלה לדחות קושית הנו"בי על הריב"ש מפרה יש ליישב ג"כ קושית השעה"מ על הרשב"א ואכ"מ) וזה דעת הרי"ף והרמב"ם ויתר הראשונים שפסקו ביבמות דף קי"ט למתני' שהלך בעלה וצרתה למד"ה לא תנשא ולא תתייבם משום דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה וגרסי' הלכה אמר רבא ומתני' לאו ר"מ הוא וכתב הרא"ש שם בבכורות והא דסמכינן על רוב מצויין אצל שחיטה וכו' לפי שרוב מומחין הוא ומצוי הרבה וכו' וה"נ אמרינן במים שאין להם סוף שאם ניסת בדיעבד לא מפקינן ולא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה דנמלטין לחזקת איסור דאשת איש משום מיעוטא דנמלטין לא שכיח אלא משום חומרא דא"א מחמירין לכתחלה ובגופם נמי לא אמרינן דאזלינן בתר רובא משום דסמכי' מיעוטא דחיים לחזקת אשת איש עכ"ל נראה מדבריו דאף על גב דהא דאמרינן סמוך מיעוטא הוא רק מדרבנן אפ"ה הי' לנו לומר דתצא אחרי דבכל מקום אמרינן מדרבנן סמוך מיעוטא לחזקה. ולכך הוצרך לומר דבמים שאין להם סוף הוי מיעוטי דמיעוטא ובגופם באמת תצא

ומהאי

מהאי טעמא. וראיתי במעדני מלך שכתב דמשמע מדברי הרא"ש דגופם שוה לנוים שאין להם קוף ולא הבינותי משמעות זה דלפי עניות דעתי משמע להיפוך מדבריו ולפ"ז אין אנו צריכין לומר דלכך בהכך דר"א בן פרטא תלא משום דאיכא תרי חזקות ורק אע"ג דהוי רוב מ"מ אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה ותלא מדרבנן ובנוים שאין להן קוף הוי מיעוטא דכמלטין לא שכיח וכמ"ש התוס' והרא"ש. וכן הריב"ש וכן נראה מדברי התוס' והרא"ש שלא הזכירו כלל דאיכא תרתי חזקה בגופם ובנוים שאין להן קוף ומשמע דס"ל דלא הוי רק חזקה וכמ"ש הנו"בי והיה לנו לסמוך מיעוטא לחזקה להחמיר ולומר דתלא אם לאו משום דמיעוטא לא שכיח· ובאמת שים לתמוה בזה על הריב"ש למה היה צריך הך דשני חזקות. כיון דכל הגאונים פסקו כמתניתין דהאשה שהלך בעלה וצרתה לא תנשא ולא תתיבם ש"מ דס"ל דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה וא"כ אף דספיקה רובן לאבד אפ"ה אסורה משום מיעוטא ואולי היה סובר כל בדרבנן לא מפקינן ולע"ע אם יאמר הריב"ש בהך דהאשה שהלך בעלה וצרתה ועכ"פ נראה לפענ"ד משטחיות לשון הרא"ש דליכא תרי חזקה וכיון דמבואר בב"ב דרוב הכשבעין למיתה כהי דאמרינן סמוך מיעוטא מ"מ אין כאן איסור תורה ואע"ג דאין להורות להקל לסמוך על סימנים אמצעים בלא שהו עליו כשיעור וכן שלא לחוש לשאלה מ"מ בכלים דלא מושלי איכשי שהכריעו רוב האחרונים להקל ומכללם הב"ש ומי שלבו נוקפו כמונו לבלתי להורות נגד רבינו הב"י יש לו מקום לסמוך דאין כאן איסור תורה ברור לדעת מקצת הראשונים:

ועל אשר אין בבגדים רק טביעות עין הנה הנו"בי בסימן מ"ג כתב דלדעת הרא"ש דאמר בדדמי בדראה הטביעה ודעתו כמ"ש הב"ש בסעיף קטן פ"ז א"כ ה"ה בבגדים אין לסמוך על טביעות עין רק שאח"כ בהיתר השסית כתב דאף אם ליכא עדות על ההכרה רק א' אם אותו א' לא ראה הטביעה לא שייך בדדמי ואף אם ידע הטביעה אף לדעת הסוברים שאין חילוק בין ראה לידע ה"ד לענין הכרת הגוף אבל לענין הכרת הבגדים אם לא ראה הטביעה רק שמע שאיש פלוני נטבע מן הסתם אין הקול יוצא באיזה בגדים נטבע ולכך לא שייך לומר על הבגדים בדדמי אלו תורף דברי הגאון ולדבריו בנידון זה אם ראוהו העד בעת שהלך לדרך ונשמע באותו הליכה שנטבע היה ראוי לומר דאומר בדדמי אבל אם לא ראה באיזה בגדים הלך אז יש לסמוך על עב"ע ולכאורה יש להביא ראי' דבידע לא אמרינן בדדמי גבי כלים דלא שייך בהם שינוי שהרי אמר ריב"א בגטין ובב"מ דהא דאהדרינן ליה לא ידעינא אי משום עב"ע ודווקא לורבא מדרבנן אבל איכא דעלמא לא וכתבו התוס' בד"ה מני דע"ה מני אית ליה טב"ע אלא דחשדינן ליה דמשקר הא לאו הכי כל אדם הי' כאמן והרי הוא ידע שכאבד ממנו הגט ואמאי לא חיישינן דאמר בדדמי וא"ל דדוקא גבי גט לא שייך בדדמי שהרי כתבו התוספות בב"מ דף כ"ד ע"א ד"ה ומודה דע"כ רבנן פליגי על רשב"א וס"ל דאפי' כלי אכפוריא חייב להכריז מדקאמר ומודה וכן מליכו לרבנ"א דאמר אי טב"ע אית ליה בגוויה וגט לא שבעתו עין דלא משהי איכש גיטו בידו ואם היה מקום לחלק בין כתב לכלי' לא הוכיחו התוספות כלום הן אמת שהריטב"א הובא בשמ"ק בשמו ס"ל דאין חולק על הרשב"א וכתב דלשון ומודה אין ראיה וגם הרא"ש שם בב"מ שכ' דמלשון מודה משמע דרבנן פליג אפ"ה פסק כרשב"א ואם היה רבנ"א סובר כרבנן היה ראוי לפסוק כוותיה ומ"מ נראה דגם להרא"ש והריטב"א אין חילוק בין כתב לכלים וכמ"ש התוספות וזה שאמר רבנ"א דיש לסמוך על ע"ע הייכו דלא הוי ככלי אכפוריא דזה שכתבו התוס' דלא משהו איכשי גיטו בידיה דלא שייך אלא בבעל משום דלא מקדים איכש פורענות לנפשי' אבל רבנ"א שליח הי' (וכמ"ש רש"י ומהר"ס שיף תמה על רש"י ולדברינו הי' מוכרח לומר דשליח היה דאל"כ לא תיה בו טב"ע) ולא לומר דלא משהי גיטי דמי יודע כמה ימים היה מהלך ממקום הבעל למקום אשה ובאמת מהך סוגי' דדף כ"ד גופא היה אפשר להביא ראיה דאע"ג דידע באבדתו סמכינן על טב"ע ולא חיישינן

לבדדמי אלא דיש לדחות דהתם לענין ממון איכא למימר דלא חיישינן אבל באיסור א"א חיישינן אבל דרבנ"א יש ראיה ככונה לכאורה: וראיתי במהר"א ששון בסי' א' שכ' שאם יש אנשים רבים ויכיר המכיר איש א' מתוכם אין ספק שלא כתלה בו שום בדדמי כיון שהוא מפרש הפרט מן הכלל ולדבריו היה כאן אם היו עליו בגדים אחרים והעד לא אמר שמכיר רק אלו שהזכיר ובתוכם הטלית קטן היה אפשר לצרף גם זה להקל רק שקרוב לומר שאלו שהזכיר היו רוב בגדיו והמעיד על כתב שהוא חשבון שהיה בינו ובין הנטבע אם היה חשבון שהיה עדיין צריך לו היה אפשר לצרף להקל ולומר דהוי בכלל מידי דלא מושלי איכשי כיון שאינו צריך לאחר והוא צריך לו ואם מפני שהוא נוגע בדבר מ"מ כיון שנראה מן העדות כי מיד כאשר נמצא הנטבע לקח הבאנקנאטע לידו וא"כ הגיד בפני הב"ד שהוא מכיר הכתב והרי לא היה צריך לומר כן דאף אם אינו מכיר הכתב ויש לחוש שמצא איש ר' מעכדל הנטבע מי יקח ממנו מה שהוא מוחזק בו הלא הוא ממון שאין לו תובעים כי לעולם א"א להתברר על המוצא מי הוא וא"כ היה עוד צד להקל אלא שיש לחוש אולי רוצה הוא לאמת ולע"ע אם נחוש כולי האי. סוף דבר אם ימצא שני חכמים בעלי הוראה שיתירו עגונה זו הכני מצטרף עמהם אם לא נודע שידע העד באיזה בגדים ובפרט הטלית קטן שאדם נושא תחת בגדיו מן הסתם בלתי נודע יש להקל אבל אם לא יתירו שני חכמים מובהקים בעלי הוראה גם דברי בטלים וה' בחסדו יצילנו משגיאות. ויראנו בתורתו נפלאות. ויעשה עמנו לטובת אות. דברי ידידו הק' מאיר א"ש:

סימן כד

להרב הגאון מוהור"ר ליפמאן אב"ד דק"ק ס"ה יע"א:

הנה הדר"ג העמיק הרחיב בדבריו והגדיל עמודי ההיתר על האדנים אשר יסד ונשא ונתן בחכמה בדברי מהר"ל מפראג בצירוף סימני כלים וגוף וגם בדין אם סימנים אמצעים מהני בדרבנן. ובכל אלה יש אתי בעזרת הש"י בכתובים דברים אשר לפענ"ד ראויים לשום לפני הדר"ג כי'. ואולם אולי חסר בעדיות אשר לפני כי לא מצאתי שום סימן מובהק בכלים של הנפטר רק כמו סומקי ותיורי וגם בגופו אין כאן אפי' סימן אמצעי כי המכתב שאחור פאס ידוע כי הוי רק סומקי וחיור" ומעלתו כתב דמגל אומדנא שיש כאן לא הוי רק איסור דרבנן בעלמא וכמ"ש מהרא"י הנה אין כל האומדנות שוות.. וקשה עלי לדמות האומדנות להדדי לסלק האיסור דאורייתא באומדנא בעלמא דהרי אין דבר שבערוה פחות משנים ואמרינן סוף גיטין לענין אכילה וגרגרה בשוק מה להלן דבר ברור אף כאן דבר ברור וכהי דהקילו חז"ל לסמוך בע"א אין לנו אלא מה שהקילו ובוודאי שאין לחלוק על מהרא"י מ"מ קשה להמות האומדנות::

ואבל מלד המכתב אשר היה ביד הנפטר מן בתו של הגאון כי' לכאורה הוי סימן מובהק דהרי כתבו התוס' בגיטין דף ע"ב ד"ה ונשלם בסופו דוודאי לא חיישינן דלמא אתרוני חתימה כחתימה וא"כ כיון שידוע שזה כתב של בתו תחיה הרי הוא סימן ברור ומובהק ואע"ג דהתוס' בב"מ דף י"ג ע"ב כתבו דהיכא דטוען מזוייף ואיכא ריעותא דכפילה אין סומכין אפילו על הקיום דלמא זייף בטוב. היינו התם משום דאיכא ריעותא דכפילה והלה טוען מזוייף איכא למיחש דלמא זייף כדי להוציא ממון אבל כאן רחוק מכל רחוק שיהא אדם אחר מזייף כתב של הבת ומיהא היה צריך שיהא הכתב לפניכו ויהא ניכר ואף גם בזאת להסוברים דאם חיישינן לשאלת חיישי' גם לכפילה. וזה נראה דעת הב"י שלא הביא כאן בסימן י"ז דאף עפ"י כלים דלא מושלי איכשי אין מתירין א"א ובגירושין סומך על כים וארנקי והייכו משום דאף ע"ג דלא חיישינן לשאלה גבי כלים דלא מושלי איכשי מ"מ איכא למיחש לכפילה אבל גבי גט

ומין ידע השליח שזה שמלא הארנקי והכיס שלו קשר בו את הגט דבשלמא בשאלה איכא למימר דראה אותו בשעת שאלה ולכך בכלים דמושאלי איכא א"א לסמוך אבל בכלים דלא מושאלי אין השם בגט לא על שאלה ולא על נפילה ועיין בחו"מ סימן ל' סעיף קטן מ"ב והארכתי בזה קצת בסוגיא דסימנים דזה שהוא יודע שיש כיס וארנקי קשור הוא סי' מובהק לכ"ע וליכא למיחש לנפילה ונרמז בש"מ שם בב"מ סברא זו :

ואולם כיון שהנפטר אמר בפירוש בחוליו שמסרה לו בת הדר"ג ונכתב לקרובותיה וידוע שבתו לא נמסרה לשום אדם אגרת כי אם לבעל העגונה הזאת לפענ"ד אין זה בכלל סימן כ"א עדות ברור דהרי ליכא למיחש עליו שמא שיקר לומר כי נמסר לו ונכתב מה שלא נמסר לו וכיון שאנן יודעין שלא נמסר כתב כזה רק לבעל העגונה הזאת אין לחוש עוד לכלום והרא"ש בכלל כ"א בסופו והעתיקו בקיצור הטור בסי' קי"ח והב"י בסי' יז דפוס ווינן דף כ' ע"ד שהתיר הרא"ש אשת התלמיד ר' אשר אע"ג שלא כתבו רק שמו ולא שם אביו מפני שהיה בידו מכתב מן הרא"ש ותוספתיו וכן פירש מהריב"ל ה"א תשובה ד' בשם מהרא"ס שלא יסתור דברי עצמו ונדחה דברי מהרי"ק שורש קפ"ד שנתקשה בדברי הרא"ש ועכ"פ מבואר בדברי הרא"ש וכל ראיותיו שהביא דאע"ג דלא נודע לנו שמו רק מפיו ואפילו לא נתכוון רק בדרך שיחה כההוא דיוחנן אחי ונכפר שיחי שהתירו אשתו וא"כ במה שהגיד בחוליו שיש בידו כתב מבתו של הדר"ג וידוע שלא מסרה בתו כתב לאחר לפענ"ד ראוי לסמוך ולהתיר אם יסכים מעלת כתר לטעם זה כי לחומר הנושא נכספה נפשי להתיר מטעם אחד שנסכים יחד עליו ואם יש איזה פקפוק על היתר הזה אזי בטלה דעתי ובפרט כי לא הי' הזמן מספיק כלל לעיין ולחפש כמשפט וה' בחסדו יצילנו משגיאות. ויראנו בתורתו נפלאות. ויחיש עמנו במהרה לטובה אות : דברי ידידו ה"ק מאיר א"ש

סימן כה

בעזה"י יום ב' ע"ל למב"י תריו"ד לפ"ק אונגוואר יע"א

החיים והשלום וכ"ט לכבוד מחו' ידיד ד' וי"כ הה"ג הגאון הגדול המפורסים ונודע בשערים סיני ועוקר הרים. דובר מישרים. דבריו כספירים ומאירים. כקש"ת מוהר"ר שמחה נתן נ"י לגלא הרב ואבדק"ק לעמבערג ותגלילות יע"א :

ראיתי דבריו היקרים והנה פה יקר ראתה עיניו ואולם לא אחדל להגיע לפני הדר"ג נ"י אשר לבי מהסס על עיקר נאמנות הערכאות כי יש לומר אף שהאמינו והכשירו חז"ל שטרות העולות בערכאות של נכרים משום דלא מרעי נפשיי' לכתוב שטר בשקר ולהוציא ממון בשקר דהוי ריעותא גדולה מה שא"כ אם יאמרו רק פלוני מת והרי בישראל אמרו גיטין דף כ"ז דיבורא קאמרי מעשה לא קא עבדו ואף שפשוט דלענין עדות האמירה מקרי מעשה מה שמעידים בפיהם מ"מ היינו בישראל דלא חשידו על עדות שקר כלל רק יש המורים היתר לנפשם אם אין נעשה ע"פ מעשה. ובזה מחלקים בין שנעשה מעשה על פיהם ובין דיבור בעלמא אבל אלו אשר פיהם דיבר שוא ואנו באנו לסמוך משום דלא מרעי נפשי' בזה וודאי יש ריעותא גדולה אם יכתבו שטר שקר ומאשר מגיד דיבור בעלמא ואין ללמוד זה מזה כלל לפענ"ד דאין לנו אלא מה שאמרו חז"ל ובדבר הדומה ממש לדבריהם. וראיתי דברי חן טוב בס"ק כ"ט שהביאו הדר"ג נ"י והנה מה שהביא מדברי רש"י בגיטין דף ע' ע"ב שכתב דלכך שטרות כשרים מפני שהעכו"ם מצווה על הדינים ומש"כ לענין גטין דלאו בני כריתות נינהו הואיל ולאו בני תורת גטין וקידושין והוסיף הוא ז"ל דהרי גם על עריות ועל א"א נצטוו והוליד מזה דלדעת רש"י וודאי ערכאות נאמנים לכ"ע לפענ"ד דהרי אמרי סתם עכו"ם גזלי ארעתא נינהו והם וודאי בחזקת גזלנים וכן רוב נכרים פרוצים בעריות ועיקר מה שסומכין על הערכאות משום דלא מרעי נפשייהו אלא דלרש"י וסיעתו הוי ס"ל דאם לא היה בתורת דינין ולא נצטוו עליהם לא הוי סומכין עליהם אע"ג דלא מרעי נפשייהו כמו קרובים דאפילו כמשה ואהרן לא סמכינן. ועיין במרדכי ובהגהות אשר"י פ"ק דגטין ומכ"ש אם נאמר כדעת החולקין דעכו"ם פסולים מן התורה דאין לסמוך על הערכאות ומה שכתב הגאון בעל חן טוב כיון דסמכינן במלוה ומוציאין ממון יש לסמוך ג"כ בעדות אשה מכ"ש דבמסל"ת דבממון אינו נאמן ובעדות אשה נאמן הנה לפמ"ש המרדכי והגהות אשר"י הטעם שהכשירו שטרות של ערכאות מפני שהעכו"ם מקפידין אם נפסלין שטרות הנעשים בערכאותיהן וזה לא שייך כלל לענין לסמוך על עדותם לענין מיתה ובעל חן טוב לא אמר רק להלכה ולא למעשה :

והדר"ג נ"י הביא דברי הגאון בית אפרים בסימן ל"א הנה הגאון ז"ל לא רצה שם להורות הלכה למעשה כי לפענ"ד אין ללמוד מדהכשירו שטרות ערכאות לענין ממון להוציא ממון ה"ה דמתירין עגונה לפמ"ש הפוסקים דתקנת חז"ל היא לפי שמקפידין ע"ז העכו"ם אם נפסל שטרותיהם ומה מקום ללמוד מזה לדיני עגונה לתאמין להם גם אם יקפידו. ואולם גם לדברי הגאון בית אפרים כפי הנראה לפום השקפות שחשש הגאון שם בנידון שנשאל מרגיתים יש לחוש ג"כ בנידון זה שהרי כתב שם הגאון דכיון דידוע שאין הכותבים עומדים שם במקום ששוכבים החולים רק מפי המשמשים שם יכתוב א"כ יש לחוש אולי זה שאמר לו הלך לו וברח או ע"י שוחד והוא המשמש משקר מפני איזה שנאה וע"ש בדף ע"א ע"ב. ומעין דבריו יש לחוש ג"כ בזה :

ועוד כיון דעל עד כתב הראשון אין לסמוך מפני השם שנשתנה איך נסמוך על מה שכתבו ע"י שאלה ונאמר דוודאי קושטא קאמרי דלא מרעי נפשיי' כיון שראינו שכבר הרעו נפשיי' וכתבו מה שלא היה, אולי גם בפעם השני כתבו כך רק העולה על רוחם ומלך מפייס כבר עשו את אשר עליהם וכתבו כי געהרג מת ומה איכפת להם אם אח"כ יהיה שמו בענין אחר לא שייך לסמוך על דלא מרעי נפשיי' אחרי שראינו דעכ"פ לא כוונו דבריהם :

והנה היה מקום לדון אחרי שכוונו בתחילה שם הכינוי אלף ושם העיר ושנולד בשנה פלונית וכן נמצא בלעמבערג כתוב על בעל האשה העגונה יושבת גלמודה ורק שיש ריעותא מה שכתבו שמו געהרג. ובעל האשה היה שמו יוסף וכתבו אח"כ שמעו. וזה כתבו ע"י שאלה הרי לדעת נ"ב בתשובה סימן שהביא הב"ש דעת מהרא"ס ובכיוצא זה דכל שהיה תחלה מסל"ת אף שאמר אח"כ ע"י שאלה יכול לברר דבריו וע"ש בסימן ק"ה שכתב אפי' שכתבו אחר עדות הראשון יכולים לברר דבריהם ואף שכתב הב"ש שם דמהרשד"ם חולק מ"מ בצירוף ערכאות שכ' הדר"ג נ"י היה מקום לסמוך אלא שצ"ע אם נקרי התחלה כיון שאמרו שם אחר אולי הוי כאלו לא התחיל כלל ויש בזה פלפול רב בענין טעות גם בתשובת בית אפרים ואין הזמן עתה ומפני רוב הטרדות לעיין בזה. ובפרט שקרוב הדבר שיתברר ע"י ישראל הדרים שם ושלום להדר"ג נ"י ולכל אשר לו כנפשו ונפש ידידו דש"ת ה"ק מאיר א"ש :

בעזרת השם יתברך יום וי"ו ערב שבת קודש פרשת לך תרי"ת לפ"ק אונגוואר יע"א :

ינוסו יגון ואנחה. ויהדר פניו בשמחה. כבוד ידיד עליון וי"כ הרב הגאון המופלא ומופלג חריף ושנון. וריח לו כלבנון. לפני שמש שמו ינון. כקש"ת מוה"ר יודא נ"י האב"ד דק"ק קעמכיטן יע"א :

על אודות השאלה אשר נשאל הדר"ג נ"י וכבר נטה הדר"ג

נ"י

כי׳ והצ"ד דק"ק כ"ש גם הונה להתיר באמת אין עוד תועלת בדברי אך עם כל זה אמרתי לגלות להדר"ג כי׳ דאגתי. הנה מרבית העם היולאים ללבא רובם מחללי שבתות ואוכלים דברים אסורים שלא במקום אונס ואם אפשר שמקלתם מפני חסרון ידיעתם יחשבו כי אחרי שהותר להם שבת ואכילת האסורים במקלת הותר להם לגמרי ולא היו נפקלים מבלי התראה אבל בעונותינו הרבים רובם מפני זדון לבם ומיעוט אמוכתם יעבורו בזדון על חוקי ה׳ ומלותיו גם בלאתם לחפשי לזמן או לגמרי לא ישובו ללכת בדרכי התורה ויחזיקו ברשעתם וא"כ הם פסולים לעדות מן התורה מחמת רשעתם ואין נאמנים רק במסל"ת. ובאמת אם היו רק מיעוט מהם עוברים במזיד מפני רשעם היה מקום לדון כיון דנחמרינן באיסור א"א לחוש למיעוט אפילו כנגד רוב גמור כמ"ש התוספות והרא"ש בבכורות ריש פרק הלוקח בהמה דאע"כ דבמים שאין להן סוף אע"ג דהוי רוב גמור דלכך אם כיסת לא תלא מ"מ מחמרינן לכתחלה שלא תנשא א"כ ל"ע בכה"ג שאנו דנין על העד אם הוא מן המיעוט היה ראוי להחמיר. אמת דלדעת הריב"ש דהטעם מפני שיש שני חזקות חזקת חיים לאיש וחזקת איסור לאשה לכך אין מתירין במשאל"ס ולדידיה איכא למימר דדווקא לענין משל"ס דאיכא מיעוטא דמימלטין. בזה איכא למיסמך שני החזקות למיעוט ולחוש אולי נמלט מפני ששני החזקות והמיעוט שייכים להדדי. אבל אם מעידין על המיתה עדות ברורה אין החזקות להמיעוט שום שייכות. ומיהו גם להתוס׳ והרא"ש איכא למימר דאין חוששין כאן למיעוט דאם הוא הוחזק כל ישראל מי הוחזקו וכמ"ש ר"פ בתרא ביבמות סוף ד"ה מחוורתא דאף את"ל דר"מ חייש למיעוטא מדאורייתא מ"מ דמאי שאינו רק מדרבנן ומקילין בכמה עניכים בדמאי משום דאין מחזיקין מזה על זה וכ"מ דהרי מעולם היו בכל דור ודור מיעוט עוברי עבירה ולא מליכו שנחוש לסתם בן אדם לפסול אותו לעדות. ואולם באלה יולאי לבא אשר לדעתי רובם עושי נאלות גדולות ל"ע אם לסמוך על עדותם שלא במסל"ת ויעויין בסימן י"ז סעיף ו"ו בדברי הרמ"א ובמ"ש הח"מ בסעיף קטן אות ע׳ והב"ש בסוף אות י׳ וכמדומיכו דאלה בעלי מלחמות כסתם עבד כיכהו. ואולי במדינה שלוקחין על פי גורל אפשר שרובן כשרים ולהדר"ג משפט הבחירה בזה:

זולת זה מה שכתב מעכ"ת כי׳ לחות דעתי איך להתנהג גם אנכי היה עם לבי בבואי לארץ הזאת לכתוב אליו. ואולם יען רחוק הוא ממנו. וקרוב אלי שלא נשמע לו ממני מאומה ולא ממקומי. יחשב לזר בעיניו אם אכתוב אליו. ועתה רחוק שישוב מדרכו אשר החל להתנהג ומ"מ בלתי ספק שאין להראות אליו כמזלזל בכבודו. ולדעתי מה שהוגד וסופר לי ממה שעושה הוא מפני שמקלת רבני מדינה מזלזלים בכבודו הקול נשמע כי יעזוב את הארץ. ולא ידעתי אם אמת אם לאו ה׳ ית"ש בחסדו ישיב במהרה שופטינו כבראשונה. ויצרוף כבור סיגנו. ורעו כבשים כדברם. ועינינו תחזינה במהרה כחפלו וחפץ ידידו דש"ת: ה"ק מאיר א"ש:



סימן כו

שאלה מבן המחבר.

קבלנו עדות במותב תלתא מן ר׳ יעקב מכפר אובאר כי הוא וגם ר׳ הירש בן ר׳ פנחס יקיר מכפר הנ"ל בעל האשה מ׳ אדל ועוד יהודים אחרים ולהבדיל ערלים הוליכו מלא על רפסודות לעיר קאלנאק ובבואנו למחוז חפלינו חלה ר׳ לבי הנ"ל ועם כל זה הי׳ מתחזק והולך ולא נפל למשכב ואני גמרתי את עסקי והלכתי לביתי ור׳ לבי נשאר שמה כי לא גמר עוד את עסקיו ואח"כ כי באו שאר האנשים לביתם אמרו כי הניחו אותו חולה אצל הזאלץ קאמר והמה ברחו לנפשם מחמת החרב והדבר ר"ל ואח"כ יצא הקול כי ר׳ הירש הנ"ל מת בקאלנאק וקודם הנוכה העבר הלכתי לקאלנאק וחקרתי על זה אמרו לי האנשים כי בבית השוחט מת בקין העבר אורח אחד והלכתי שמה וסיפר לי כל הדברים כאשר כתוב בהכתב שנתן לי לראי׳ והראה לי מלבושיו והכרתי כל המלבושים הכובע והגובא ובגד לילית כל זה אמר לפנינו ר׳ יעקב הנ"ל בתו"ע אליוכ"ע:

העתיק הכתב של הש"ץ מקאלנאק

איך ענדעס געפערטיגטער בעלייגע דאס האמוח ר׳ הירש אוס אובאר אין מייכעס הויזע פערשידען איזט נעמליך יוה ה׳ ז׳ מנחם אב האבע איך דיזען מענשען אין דער גאססע אהנמעכטיג ליגענד געטראפפען מיט גראסע מיהע האבע איהם נו מיר געפיהרט איך האבע פאן איהם ניכט מעהר ערפאהרען קעננע אלס דאס ער פאן אויבאר נעבין חוסע איזט אונד זיין געלד האבען איהם דיא אנדערע קאראמאנשען געשטאהלען דיזעס איזט געוועזן ביום עש"ק א׳ אב ולמחרתו ביום ש"ק נפטר ונקבר ביום א׳ יו"ד אב וע"ז בעה"ח עש"ק יז כסליו תר"י לפ"ק קאלנאק:

ה"ק גבריאל פאלאק ש"ץ

שוב העיד לפנינו ר׳ יעקב הנ"ל כי בעת אשר בא בחזרה מקאלנאק תבע את הערלים אשר הלכו עם ר׳ הירש הנ"ל והחזירו המעות להאשה אדל הנ"ל:

והנה ירשיני כבוד אאמ"ו הגאון כי׳ להליע קלת דברים לפני כבוד תורתו הרמה הנה בכתבו של הש"ץ מקאלנאק לא נזכר רק שמו ושם עירו לא שם אביו והנה לפי מאי דאיתא בשו"ע סי׳ י"ז סעיף י"ח לדעת הב"י דלריך להזכיר שמו ושם אביו ושם עירו וכן הביא בקו"ע משם הרא"ש דאין להתיר בשמו ושם עירו ויש כאן שני חששות או כי חיישינן שמא ילא אחר מעיר הלזו אשר שמו כשמו והנה בקו"ע הביא תשובה אחת בשם הרא"ש דאם לא הזכיר העד זמן היליאה לא מהני חיפוש דאולי ברבות הימים ילא אחד מהעיר הזאת ונשכח זכרו והנה בנידון דידן ליכא חשש זה בכפר קטן אשר רק ג׳ או ד׳ אנשים דרין בה ויציבתה מועטת אז בקל יכול להיות החיפוש אם ילא בשום פעם איש אחד אשר שמו ר׳ לבי וגם הוליך מלא על רפסודות כמו שנראה מתוך עדותו של השוחט דשם כי שמע מפי הנפטר לשון הנשמע ממנו כזאת והנה בזה ודאי מודה הרא"ש דמהני חיפוש:

אמנם עוד הביאו האחרונים בשם הרא"ש כי יש לחוש אולי יש עוד איזה מקום בשם המקום הזאת ולכך לריך שמו ושם אביו ושם עירו דכולי האי אין לחוש דיתרמי אהדדי והנה הרמ"א בסי׳ קל"ב בסוף הסימן הביא דברי תשובת הרא"ש דבגיטין אם מוזכר שם העיר לא חיישינן לשתי עיירות ששמותיהן שוות והב"ש שם חולק עליו דלפי מאי דפסקינן כר׳ זירא א"כ היכא דשכיחא שיירתא חיישינן לשתי מקומות אשר שמותיהן שוות יעויי"ש כי תליא בפלוגתא אי דווקא בתרתי לגריעותא אין מחזירין דהיינו בהוחזקו ושכיחא שיירות או בחד לגריעותא דהיינו בשכיחא שיירות אע"ג דלא הוחזקו אין מחזירין והנה לדעת הראשונים דבשכיחא שירות לבד אין מחזירין דחיישינן לשנים ששמותיהן שוים וג"כ חיישינן לשני מקומות אשר שמותיהם שוין. והנה גם בעדות אשה שמת בעלה חיישינן לשני מקומות ששמותיהם שוין ויעויין במהרח"ש שהאריך בזה בקו"ע אמנם לפי"ז יקשה קושית התוס׳ בב"מ בסוגיא דשיירות מלויות דף י"ח ע"ב ד"ה חיישינן שהקשו לרב הונא דאמר חיישינן לשני שוירי א"כ לר"ה האיך יגרש כל אדם את אשתו לר׳ מאיר דאיכו מוכח מתוכו כיון דחיישינן לשני שוירי והירלו כיון דלא הוחזקו הוי שפיר מוכח מתוכו ורק כיון דנפל איתרע והנה אם נאמר דגם גבי עדות אשה שמת בעלה אמרינן דחיישינן לב׳ מקומות ששמותיהם שוים דלא שייך כיון דנפל אתרע וא"כ יקשה האיך יגרש אדם את אשתו לר"מ דאף דלא הוחזקו ולא אתרע גם כן חיישינן לשני מקומות ששמותיהם שוין והנראה לומר לפי מה דאיתא

בתשובת גאונים בתראי בתשובת הגאון מהו' יעקב זצ"ל דהוא ג"כ סובר דגם בעדות מיתה חיישינן לשני מקומות שמותיהן שוות ועם כל זה כתב דאם אמרו שני עיירות הסמוכות זו לזו כולי האי לא חיישינן שיתרמו עוד עיר אחת וגם עוד עיר אחרת שמותיהן שוות וגם שני עירות אחרות הסמוכים בשמות שוין כולי האי לא חיישינן והנה באמת יש לומר דלר"מ צריך לכתוב סימן כהר או עיר אחרת הסמוכה לה והנה כולי האי לא חיישינן שיתרמי אהדדי ובאמת אף אם כפל לא אתרע והנה אף דאמרינן דחושבין לשני שוירי אף דהי' כתוב בהגט דעל רכים נהרא כבר כתב הר"ן דהיו מוחזקין בב' שוירי וכתב התורת גיטין דכיון דאם שינה שם הנהר כבר אין זה סימן לדידן והנה י"ל לר"מ דס"ל דבעינן מוכח מתוכו צריך מדינא לכתוב איזה סימן ואם שינה פסול והוי מוכח מתוכו והנה בנידון דידן שאמר הנפטר כי הנהו מאויבאר סמוך לחוסט והנה בכגון זה אין חשש דילמא יש עוד שני מקומות אשר שמותיהן שוות ואין קפידא אם לא הזכיר שם אביו :

ובר מן כל דין הנה אחרי שהעד ר' יעקב הכיר כל בגדיו היטב ודעת המהרי"ט הביאו הכו"י סי' כ"ב דבכל בגדיו אשר אי אפשר לו בלעדיהם . ולא הוליך עמו בגדים אחרים לא חיישינן לשאלה וגם בגד ציצית דעתו דהוי כלים דלא משאלי אינשי ואם כאמר דבכל זה חיישינן לשאלה מ"מ הרי כתב הרמ"א דבים אומדנות והוכחות אינו צריך לשם אביו ושם עירו והנה מכח אלה ההוכחות וגם כי הערלים החזירו המעות להאשה ומזה יש הוכחה אחרי כי בעל האשה נכנע עם אלו המלחים לשאלנאאק והנפטר קודם מותו אמר כי המלחים לקחו ממנו המעות הרי יש הוכחה כי זהו בעל האשה ולא צריך שם אביו דברי בנו ותלמידו:

ה"ק מנחם בלאאמו"ה מאיר א"ש :

סימן כז

בעזרת הש"י יום ג' כ"ח תמוז תריו"ד לפ"ק אונגוואר יע"א :

אל עליון. יראך כחמות ליון. וכהלל שמו בשמחה ובהגיון . ה"ה כבוד בני הרב המאור הגדול החריף והשנון. יפרח כתמר וישגה כארז בלבנון. לפני שמש שמו ינון. ככש"ת מוהר"ר מנחם כי' האב"ד דק"ק חוסט והגלילות יע"א :

הגיעני מכתבך היקר והנחמד בעתו כי באת בחסדי ה' אתה וביתך וי"א לחיים ולשלום לביתך בזמן קצר ביום ג' לעיתותי ערב ומלאת מרגוע ממורח הדרך בעזרת השם יתברך לפני יום התענית. יוסיף ה' לנהלנו בחסדו על מי מנוחות ובשמחת ציון וירושלים ישביענו שובע שמחות א"ס . אהובי בני אשר הורתי בדבר עגונה הידועה כי אחרי שמלחו המלחים והשיבו את אשר גנבו מן האיש אשר היה ברפקודות הרי ברור שאותו האיש אשר נסע עמם והגיד לפני מיתתו כי גנבו ממנו מעותיו הנהו בעל האשה העגונה שבתי וכתתי אל בני אולי באמת לא הודו הגנבים מעולם שגנבו מאומה רק כי במשפטי הערכאות הת אשר יגיד האדם לפני מיתתו יאומן ולא יועיל הכחשת הנתבע ואם כן משפטם א"כ אין ראיה ממה שהוכרחו לשלם עפ"י חוקותיהם רק אחרי אשר בא התובע והגיד בערכאותיהם שלפני מיתת הנאבד הגיד שגנבו ממנו המלחים הוכרחו לשלם ואולי הנאבד הלך למקום אחר והמת בשאלנעק היה אחר שהלך עם רפקודות ומלחים אחרים וגנבו ממנו כיון שלא ידעו בבירור כי המת הלך עם אותם המלחים. ואולם אם לא שלמו המלחים רק מפני שהודו שלקחו וגנבו מן בעל האשה העגונה המעות ולכך הוכרחו לשלם אזי יש הוכחה גמורה כי בעל האשה מת ורחוק הוא לומר כי בעל האשה הזיל לעלמא אחרי כי לקחו ממנו המלחים המעות ואחר שבא ג"כ עם מלחים אחרים או עם אותם המלחים לקחו ממנו מעותיו הא וודאי חשש רחוק וכ"ש עם כל האומדנות שכתבת ואולם אם א"א לברר זה אזי כעיין מגד הצדדים אחרים שכתבת ועכ"פ תחקור אצל העד ואז נראה אי"ה איך נסמוך להתיר האשה מכבלי העיגון ולאשר אין עתה הזמן מספיק אקצר וה' הטוב יאריך ימיך ושנותיך בנעימים. ולעסוק בתורת ה' ולעבדו כל הימים. עד כי יבנה מלך עולמים. במהרה בית קדשנו ותפארתנו כמו רמים. דברי אביך המעתיר בעדך:
ה"ק מאיר א"ש :

סימן כח

שנית על ענין הנ"ל :

בעזרת השם יתברך יום וי"ו ערב שבת קודש ב' דראש חודש אלול תריו"ד לפ"ק אונגווער יע"א :

שלום וכל טוב. לאהובי בני הרב המאור הגדול החריף ושנון . יפרח כתמר וישגה כארז בלבנון . לפני שמש שמו ינון. ככש"ת מוהר"ר מנחם א"ש כי' האב"ד דק"ק חוסט והגלילות יע"א . עם"ז כלתי הרבנית הצנועה והחסודה מכב"ת מרת רבקה רחל תי' לאוי"ט ובנו הבחור החתן המופלג מוהר"ר דוד שי' לאוי"ט ובנותיו הצנועות בת שבע וחי' תהייכה לאוי"ט:

הנה כתבתי לך על הנ"ד והנה בשבוע זו קבלתי מכתבך וב"ה אשר עד כה עזרך הוא יעזרך לגמור כשואי בכך שי' וכן בכל י"ח אשר חנן ואשר יחנך הרחום וחנון ית"ש . בשמחה וטוב לב תשמחו ותעלצו לפני אלהים ית"ש ותשישו בשמחה עד כי ישוב ה' לשוש עלינו לטוב כאשר שש על אבותינו בב"א :

אודות העגונה הנה אחרי אשר העיד ישראל כי הודו המלחים כי לקחו כסף מהאיש הנאבד ולא הוכרחו על כך מפני שאמרו עליהם כי לוה כן הנעדר לפני מותו אם כן לפי הנראה אין כאן ספק כלל אחרי אשר ידענו כי בעל העגונה נסע עם המלחים ההמה ואמר הנעדר שם לפני מותו כי הנהו מן אויבער השמוך לחוסט ושלקחו המלחים את כספו אין לחוש עוד ואין צריך חפוש עוד ואף שאין המלחים משיחים לפי תומם מ"מ עדיפי ממסל"ת כי למה יודו מה שחובה להם באין מכריח ומעם כלל אם לא כי לא יוכלו להגיד שקר ברור כזה. לזה תושיב ב"ד ותשמעו עדות העדים דהיינו עד הראשון וגם זה העד אשר העיד על הודאת המלחים ותוכל להתירה להיות לאיש אחר. והשם ברחמיו יצילנו בתוך כל עמו ישראל מפגע רע ומקרה רע ובצל כנפיו יסתירנו ובאור פניו יאיר לנו דברי אביך המעתיר בעדכם : ה"ק מאיר א"ש :

סימן כט

אודות האשה העלובה אשר הוא הי' חסר דעה ר"ל . והנה נמצא ביער אחד מוטל מת . ונודע לישראל אחד כי יהודי מוטל ביער מת ביום שבת פרשת ויצא כי הגידו לו נכרים שביום ג' קודם פרשת ויצא כבר היה מוטל שם . והנה נכבד אחד הוא הנגיד המופלג הרבני המופלא הירא והשלם מו"ה שאול ליב כי' מישוב דובאווע . שכר ארבעה גוים להביאו לישוב דיבאווע. ושבו והביאו הכתונת והמכנסיים. ואמרו שלא מצאו אותו . והבין הנכבד ההוא מתוך דבריהם שהם משקרים למען יוסיף להם על שכרם . ויעש כן והוסיף להם . והביאו את המת בישוב דובאווע . לעת ערב בש"ק. וישבו חוץ לעיר מפני אימת השרים . וישלחו במש"ק ישראלים להביאו העירה . והניחו אותו בחדר קר. והיה אז זמן הקור כרגיל בימות החורף . והי' שלג וגליד. ואח"כ ביום א' פרשת מקץ הלך לשם להכיר בו ויהי פרצוף פניו כולו שלם. הפרצוף שלו הייתה הפדחת היה ברייט . השטערין אונד הנאז איזט גיוועזין שמאהל אונד

לענגלעך . דיא שערות זייגען שווארצלעך . דיא פיאות ניכט גיקרייזעלט . דאס פנים שלו איזט איין ביסל אהן געדראלטע גיוועזען דאס איזט מחמת ער איזט ר"ל אזויא געבליבען ליגען מיט דעם פנים אראפ. ווייטער האט זיך אלדינג ארויס גיזעהן דאס גאנצע פרצוף פנים עם החוטם . רק בסוף החוטם אבל הנחיריים היה חסר קצת בצד האחד. גם דיא אויברע ליפא איזט איין אביסל חסר גיוועזין. אויבער איין גיקוועטשט דאס דיא שיניים העליונים האבען זיך ארויס גיזעהן . כללו של דבר אויף דעם ערשטען אהן זיכט האב איך נישט אנדרשט שטעלין אז דאס דאס איזט דער מנחס ז"ב (שהזכיר בתחילת עדותו מנחס ז"ב ב"ר אהרן ארי' הכהן מסיגוט) ואח"כ וויא איך האב גוט מדקדק גיוועזין על הפדחת והחוטם והפנים והשערות . ועל הסנטר והזקן . האבע איך רעכט דער קענט בטב"ע אז דאס איז דער מנחס ז"ב בן אהרן אריה הכהן מסיגוט . וואס איך האבע עהס גאנץ לאנג געקאנט . דער נאך האט מען עהס מיר געוויזען בשעת טהרה האב איך ווידר אכטונג גיגעבין האבע איך דעם שטאטער אין דאס געשטאלט פין דעם מענטש ווערליך דיא גרייס וויא איך האבע עהס געקענט . האב איך עהס נאך בעסער דער קענט בטב"ע אז דאס איז דער מנחס ז"ב בן אהרן אריה הכהן מסיגוט . אויך האבע איך גיזעהן אויף דעם לואר פאן הנ"ל דאס ער איז פין פארנע גראד אזויא וויא קאפודרוק. עוד האב איך אז אכט גיגעבין דאס פין דיא שיניים העליונים דיא פאדערשטע זעגען לוייא פאהר גיוועזין דיא זעגען פאהר וואס געשלאגען . אייגער איבער דעם אנדערן . אויך האבע איך גיזעהן דאס בצד ימין אויף דיא פליילע האט עהר גיהאט איין הוקיר . דער אהן הייב פין דעם הוקיר האט זיך אהן געהובען פין עק פין כתף ימין . אין געגאנגען לערך עד חלי גבו ברוחב (והנה העד מלומד ובייר דקדק אופן החטוטרת ושדרה של המת הנמצא . אבל לא הגיד כי ידע שהיה באופן ההוא במנחס ז"ב אשר עליו דנין . וכאשר נשאלה אמו של מנחס ז"ב הנאבד . אמרה כי איננה זוכרת בבירור אם היה החטוטרת בימין . או בשמאל . אבל הסיפון אשר בלואר הגידה אמו כי היה כן . במנחס ז"ב . אבל נכדה אומר בבירור שהיה בצד ימין . גם אשת מנחס ז"ב אמרה כי יודעת מן החטוטרת . אבל בלואר אמרה שהיה עב קצת בצד האחד כאשר היה עמה . ואינה יודעת מה נעשה עמו אח"כ . והאם של הנאבד אמרה בזה נעשה לו מזמן כביר. ובתחילה היה רק עב קצת מצד אחד) :

העיד עוד ר' שמואל בר"ש . כי ראה את מנחס ז"ב לפני שלשה שבועות והוגד לו כי הוא מנחס ז"ב הנ"ל ושם אשתו . והיה עמו כארבע בעות ורצה לדבר עמו ולא רצה מנחס ז"ב . ואחר ג' שבועות הובא לדיצאווא מת אחד והיה שטארק געפראהרען כל האברים מקטן ועד גדול דורך געפראהרען . וכן היה כל הלילה עד הבוקר הכניסוהו לבית . ויאמר העד איך האב עהס דער קענט אין ערשטען אהן זיכט . דען פין פנים האט גאר ניכט געפעלט. רק עס האט אויס געוויזען וויא אהן געדראלטען . פין דער שפיץ נאז אבל הנחיריים פין איין זייט האט איין ביסעל געפעלט . גם מן החטוטרת אמר ג"כ כנ"ל . וכן מן הלואר וקיים כללו של דבר איך האב דעם געפונדענעם מת דער קענט געוויס בטביעות עין דאס דער נעמליכער איזט וואס איך האב פאר ג' שבועות גיזעהן והוסיף עוד העד כי בעת הטהרה כאשר הקימו אותו . אמר. איך האב גוט אכטונג גיגעבין . וויא מיר האבען עהס אויף געשטעלט . האב איך עהס דער קענט בטב"ע . גם אנדרע מענשטען האבען עהס דער קענט . וכן היאראנוילקע האב איך אויך דער קענט . גם אם הנאבד הכירה הכתונת והמכנסים וגם הרעקיל את הכל הכירה שהוא של בנה הנאבד . אלו תורף העדיות גם הבגדים שעליו הוכרו שלשתן :

ע"ד העגונה מסיגוט אשת מנחס ז"ב בן ר' אהרן אריה הכהן מסיגוט באה עם העדות אשר התורף של העדות מועתק בזה. הנה אשר לידך הדרת כבודו כי' מצד הבגדים שנמצאו כולם. הנה גם אם יש מקום בזה בסתם בני אדם לחקל אם נמצא לבוש בכל בגדיו ולא ניחוש לשאלה ולמכירה . אבל בשוטה וחסר דעה כמנחס ז"ב הנאבד אין לחקל כלל . הלא זה מסימני שוטה המאבד מה שנותנין לו ואף כי ראו אותו הולך מלפני י"ג שבועות בחלוק אחד אולי אח"כ עשה מעשה שטות אחר וכבר אמרו שטיא בחדא מלתא לא קרוך. וראיתי כי גם הגאון בנו"ב קמא בסימן נ"א דף נ"ו ע"א ואף שהוא ז"ל כתב בשוטה שהולרך לשמרו שלא יאבד עצמו ואינו חס על חייו מ"מ אין לחלק וגם זה לא היה חס על חייו כי היה הלך במלבושים הסם ביומי הקור. והנה ראיתי כי הגאון בסימן זה בדף נ"ו ע"ד לידך לומר דגם בשוטה שנאבד יש לומר דלא חיישינן לאבידה מדעת דא"כ זה הנמצא היה לבוש שאינו שלו שסרי שוטה השליכים ואין מתנתו והפקרו כלום גם יאושו לא הוי יאוש ולא קנה המוצאם כלל. וזה כנגד חזקה דכל מה שביד אדם הוא שלו ואף שיש לטעות זה חזקת א"א יעי"ש דלפ"ז הותרה העגונה הזאת בלירף הסימנים דגוף. ואולם גם אם נחלוק כדבריו ז"ל שלכאורה יש לפקפק כיון דמות לא שייך לומר שהם שלו אחרי מותו ורק דאלו לומר שמן הסתם היה לבוש בחייו גם במלבושים האלה ויש לדון בזה. אבל בלא"ה לא דמי לנידון דידן שהיה שנאבד חסר דעה כמו י"ג שנים וברור שלא היו לו הבגדים הקלים שהיה לבוש מזמן חליינתו ובוודאי אחרים נתנם לו ומבואר בח"מ סימן מ"ג סעיף ע"ז בשוטה אפילו דעת אחרת מקנה לו לא הוי קנין ונמצא דלא קנה השוטה הנותן לשוטה אבידה מדעת הוי וגרע מקטן בח"מ סימן רס"א דאינו בחזקת מאבד מה שנותנין לו ובוודאי נתיאש הנותן ממה שנתן לשוטה והמוצאם זכה בהן מן ההפקר ודברי הנו"ב אינם רק מי שלא ארכו לו ימי שגעונו דבגדים שעליו וודאי מימי חליינותו היו ולא בזה שהיה זמן רב חסר דעה ר"ל ומה שעליו אין ספק שהיה רק מה שנותנין לו אחרים וקרוביו וכמו שאמרה אמו שהחלוק שעליו נתן לו נכדה וודאי גם להנו"ב אין לד היתר . ועוד שלא נמצאו הבגדים עליו רק הסנ"ליס הבימוס ואמרו תחלה שלא מצאוהו ואף כי נראה מדבריהם כי פיהם דבר שוא מכל מקום אין לסמוך על דבריהם עוד כלל :

ואין לנו לדון רק מפני טביעות עין והסימנים והלואר העב והחטוטרת שבגבו וגם השיניים שהיו זוגות כפולים זה עם זה. והנה העד הראשון למלס מאוד היאך היה החטוטרת בגב הנמצא הולך מימין לשמאל אשר לדעת הרד"ך שהביא הב"י והב"ש בשומא מלומלמת הוי סימן מובהק היה נראה שגם זה היה סימן מובהק. אבל אין נראה שידע העד שהיה במנחס ז"ב בחייו כן ומן הסתם לא ראה רק שהיה לו חטוטרת אבל איך היה הולך מימין לשמאל אינו ניכר כ"כ כשהיה לבוש ורק העיד מה שראה בנמצא שהיה ערום בעת טהרתו והרי אמו לא היה ידעה בין ימין לשמאל רק נכדה העיד שברור לו שהיה בימינו אבל עדות על המלומלם אין כאן כלל . ואין כאן רק דעל כל פנים סימן בינוני הוי החטוטרת וכן הלואר העב ואולי השיניים הכפולים אם ידע העד שהיה כן במנחס ז"ב הנאבד . והנה מצד טביעות עין בפנים שהיה הפדחת והחוטם כולם שלמים רק החוטם אבל נחיריו למטה וכן הגוף הכירו בטביעות עין ולדעת ר"ת אף לאחר שלשה ימים כמו נדון זה שהשה כמה ימים אפ"ה מעידין עליו והחסרון קצת (וז"ל העד דאס פנים איזט אביסל געווזען אהן גדראלטע אין דער בריינג) ואמר שזהו היה מפני שהיה מונח על פניו . ומה שהביא מעכ"ת כי' מדברי הרשב"א בסימן ר"ד שהובא בקו"ע סימן שנ"ג אינם ענין לכאן שלא כתב רק דמיא אינם מתפיחים רק הגוף באשתהי אח"כ אבל לא הפנים . ובנידון דידן לפ"ד מעכ"ת כי' (אהן געדראללטען) שאמר העד היינו שנתפח קצת אבל ראיתי לבעל גינת וורדים בחלק אה"ע כלל ג' שהאריך בסימן י"א ובסימנים שאח"כ וכן בסימן י"ח כתב לשון ר"ת בספר הישר ודקדק דס"ל דלדע"ג שהוא נתפח מעידין עליו לאחר כמה ימים ובסימן כ"ד הוסיף לומר שם בדף ס' ע"ב דכיון לר"ת וסיעתו מעידין אפילו לאחר זמן מופלג ע"כ סובר דאפ"ה יכולין להכירו ולהרשב"א

דחולק

דחולק כ"ל דקובר אם נשתהה ונתפח אינו מכירו אינו ניכר והר"נ מחלוקת במציאות יש לקרב הסברות אע"ג דרוב הנתפחין משתנין לפעמים אינן משתנין וכשידקדקו עליו להכירו היטב סליק להו הכרה בטב"ע ופליגי בהא דהמקילין סוברים דיש לסמוך על העד שאמר שמכירו דמסתמא דקדק היטב בו והמחמירין סוברים שאין לסמוך עליו בזה שדבר זה צריך עיון גדול והשערה יתירה וכפ"ז דאם העד שם על לבו כשמלאו לדקדק בו כראוי בהשערה יתירה ובדעת נכונה גם הרשב"א יתיר בזה אם יברר שיחתו שכן עשה כשמלאו . והנה בנידון זה שאמר העד כששמע מן מנחם זאב הנאבד נסע מיד להמקום שאמרו שנמצא ושכר ערלים להביאו כי ידע כי תלוי בזה היתר העגונה אשר יושבת גלמודה כמה שנים וכן מכל דבריו נראה שדקדק וכוון להעיד בבירור לדברי בעל התשובה הזו היה אפשר להתיר בעדותו בלבד ואולם שם היה עוד צדדים אחרים גם מה שכ' בעל גינת וורדים כ"ל דאף הרשב"א וסיעתו מודים אם דקדק העד צ"ע דהרי הריב"ש בס"ס שע"א כ' דדחו דברי הר"ת דלא מהני אף בגופו ופרצוף פנים שלם דלדבריו מאי פשוט דריב"ז לקולא פליג מעובדא דכרמי ודגלת דאסקוהו לאחר ה' ימים והותרו נשותיהם דלר"ת איכא למימר דשלמים היה והכירוהו בטב"ע ואם הי' מודים הרשב"א וסיעתו כל שהכירוהו בחייו . ודקדקו היטב א"כ גם לדבריהם לא היה פשוט משום דלמא דקדקו העדים והכירו היטב . עכ"פ ארווח לן דלר"ת וסיעתו ס"ל דאף כשנתפח מתיר והנה לר"ת יש היתר מצד טב"ע בצורת פנים ועוד מצד טב"ע בגופו שהיה שלם כולו וראיתי בס' שב שמעתא להגאון בעל קצה"ח שכ' לדעתו הוכחה ברורה לדעת ר"ת דבעל טב"ע בגופו יש לסמוך מהא דאיתא בבכורות דף מ"ז דפליגי ר"י ור"ל דלר"ל פדחת לחוד לא מהני לענין נחלה ור"י ס"ל אף לנחלה . ופריך ממתני' דאין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם אלמא דפדחת בלבד לא הוי היכר ומשני תחלה שאני התם דהחמירו בעגונה וכו' והנה דבר ברור דיצא רובו (ביוצא מסורס) הרי הוא כילוד לענין נחלה ואי ס"ד דאין היכרא בגוף כלל א"כ איך פוטר בנחלה הא בעינן יכיר אע"כ כדעת ר"ת דיש היכר בגוף יע"ש שהאריך קצת ומורי הגאון ז"ל באחת מתשובותיו אלי כתב לדחות ראיתו דכיון דיצא רובו וה"ה כילוד ממש ה"ה כמי שנולד בהיות אביו בנ"ה ולא ראהו בחייו מעולם ויש לדון בזה עכ"פ דעת שניהם דלענין בכורה יצא רובו פוטר בנחלה . וראיתי להגאון מהרי"ע אלגאזי בחיבורו על הלכות בכורות להרמב"ן ר"פ יש בכור הביא שם לשון הספרי על פסוק לא יוכל לבכר וכו' ע"פ בן השנואה הבכור כיון שיצא ראשו ורובו פוטר את הבא אחריו מן הבכורה וכן הוא בתוספתא זה הכלל כיון שיצא ראשו ורובו בחיים פוטר את הבא אחריו וכו' ותמה מהרי"ע אלגאזי אמאי צריך ראשו ורובו ולא סגי בראשו לבד וכתב דאין לומר או או קתני או ראשו או רובו דהא בין לר"י ובין לר"ל הכרת פנים בעינן הכא מאי דפשיטא למו' הגאון ז"ל ולקצות החושן דוודאי פוטר פשיטא ליה למהרי"ע אלגאזי' להיפך דודאי אינו פוטר משום דהכרת פנים בעינן ועיינתי בזית רענן להמג"א וראיתי שכתב וז"ל כ"ל דגרסי' רוב ראשו והיינו הפנים ודרש מדכתיב ע"פ בן השנואה וכ"מ בבכורות דף מ"ז עכ"ל קשי' ליה ג"כ אמאי צריך ראשו ורובו לזה כ' דכ"ל רוב ראשו ומדשיבש הגאון בעל מג"א גי' הספרי' ולא ניחא ליה יותר דאו קתני או ראשו או רובו (כמו הלן ועשה מאמר) מכלל דס"ל דרובו בלבד אינו פוטר כדברי מהרי"ע אלגאזי' והא דבאמת פשיטא להו דלא מהני רוב גופו ביוצא מסורס היינו משום דס"ל דלא קי"ל כר"ת דאיכא היכר בגוף בלא צורת פנים דלר"ת אין סברא כלל לומר דלא יפטור רוב גופו כיון דהוא כילוד ושייך בי' יכיר מיהא לפמ"ש הזית רענן דיליף מע"פ איכא למימר דגזה"כ הוא דבעינן דוקא הכרת פנים אלא דלפי סוגי' דבכורות משמע דהלימוד יוצא מיכיר בלבד וגם לשינוי בתרא שם אמרי' יכיר לחוד והכרת פנים לחוד משמע דלא ילפינן מעל פני בבכור והז"ר כ' דכן משמע בבכורות לא ידעתי משמעות משם ואם על גוף ועיקר הדין דצורת פנים ברובו סגי בהדי' מפורש שם ואולי לאפוקי דלא נאמר או או קתני ועי"ז כתב דמשמע בבכורות דדוקא ראש פוטר וכמ"ש מהרי"ע אלגאזי' עכ"פ אין הכרע מסוגיא דבכורות כיון דהסברות שקולות אין להכריע מזה כדעת ר"ת ועדיין הדבר שקול ולדידא לענין נחלה צ"ע ביוצא מסורס ויצא רובו :

ומ"מ הרי ר"ת וסיעתו מסכימין לסמוך על טב"ע דגופו וכאן איכא טביעות עין דפרצוף פנים עם החוטם אלא שנחסר קצת מן החוטם אבל נחיריו ומצד הסברא אין נפקא בזה המיעוט שנחסר רק אצל הנחירים. ולדעת ר"ת הותרה העגונה אלא שכמה מן הראשונים חולקין עליו בלאחר ג' ימים. ומ"ש מעלתו דהיה ימי הקור הנה הרא"ש הממציא סברא זו דימי הקור לא חיישינן אף לאחר שלשה ימים והוא ז"ל לא החליט הדין וגם התנה שיהא הקור נמשך בכל הימים שהיה משתהי וזה היה יותר מח' ימים ומכה ביער מת לפי הגדת הרועה גם הח"מ בתשובותיו לא סמך על זה. ומפני הסימנים שהעידו במצא מת ההוא שהיה ג"כ במנחם זאב הנאבד לא ברור לן בשום אחד מהם דהוי סימן מובהק :

אבל כעיין ומפני הצירוף הנה העה"ג בסי' ע"ב דאף לאחר שלשה ימים יש להתיר ע"י טביעות עין שיש להעיד בפניו אם הכירו מלבושיו ג"כ בטביעות עין דאע"ג דאין מעידין לאחר שלשה ימים מ"מ רחוק הוא לומר שזה השאיל בגדיו לאחר והוא נהרג ונשתנה פניו לצורתו של בעל הבגדים מתחלה וכתב שנראה סיוע לזה מדיוקא דמתניתין דתנן אין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם אפילו יש לו סימנים בגופו ובכליו אין מעידין אלא עד שלשה ימים ולמה לא שנה רבינו הקדוש בבא דאין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם אחר בבא דאין מעידין לאחר ג' דאז הוי אמרינן דלאחר ג' ימים נמי לא מהני סימנים בגופו ובכליו ואף ע"ג דליכא פרצוף פנים עם החוטם והשתא דנתפח אינו רק חששא דרבנן בעלמא וכ"ש כשאין כאן פרצוף פנים דליכא היכרא כלל ממילא הוי ידעינן דלא מהני סימני גופו וכליו אע"כ דהאמת כן הוא דסימני גופו או כליו מהני לאחר שלשה ימים והשכים הנו"ב קמא בסימן ל"א דף כ"ז ע"ד לסברתו ולדיוקו אלא שכתב דלשיטת הרשב"א דאם הוא ספק תוך ג' או לאחר ג' אין מעידין א"כ אין הוכחה מדיוק זה דאם יש ספק מעידין אם נמצא סימנים בגופו ובכליו ולכך לא שנה רבי בבא דאעפ"י שיש סימנין בגופו וכליו אחר בבא דאין מעידין אלא בתוך ג' ימים דאם יש סימנין בגופו או בכליו מעידין בספק תוך ג' ימים אבל בוודאי לאחר ג' ימים לא שמענו . ולפ"ז להחולק וס"ל דבספק תוך ג' מעידין וע"כ מתני' דווקא בלאחר ג' קתני דאין מעידין ממילא מוכח מדיוקא דמתני' דגם לאחר ג' ימים מעידין בשיש סימן בגופו או בכליו וארווח לן על כל פנים לדעת המתירין בספק שלשה או לאחר שלשה מעידין בלא שום סימן דאזלינן לקולא ממילא מוכרח ממתני' דאם יש סימן בגופו או בכליו מעידין אפילו לאחר ג' ימים אלא דקשה לי ע"ד עה"ג ונו"ב דהא למ"ד סימנין דאורייתא מוקמינן לה לחד שינוי' גופו דארוך וגוץ כליו בחיורי וסומקי א"כ אמאי לא שנה הך דאעפ"י שיש סימנין בגופו ובכליו אחר בבא דא"מ לאחר ג' ימים האם נאמר דסימנים גרועים כאלה ג"כ מהני לאחר ג' ימים הרי כתבו דאפילו מאה סימנים גרועים אין מצטרפין ושני סימנין בינונים לדעת מ"ב והטו"ז מצטרפין הרי נראה דה"ה שלא יצטרפו וא"כ להאי שינוי' איך יתרץ דיוקא דמתני' אמאי לא תני' הך אעפ"י שיש סימנין בגופו וכליו בבבא דאין מעידין לאחר ג' ימים וצ"ע לכאורה ואולי נאמר דהך דיוקא דעה"ג ממתני' אין לדקדק רק אם נאמר דמדאורייתא בעינן פרצוף פנים עם החוטם ולזה יש לדייק אמאי לא קתני בסיפא דמתני' אעפ"י שיש סימנים בגופו וכליו והוי כ"ש ברישא וכמ"ש העה"ג אבל לשינוי' קמא בבכורות דמד"ת בפרצוף פנים בלבד סגי רק דאחמירו רבנן דצריך להיות גם החוטם אין לדייק אמאי לא קתני בסיפא די"ל דה"א לענין חששא דלאחר ג' ימים נתפח הוא דאין מעידין אעפ"י שיש סימנין בגופו וכליו דהרי לפי מה שצידד הרשב"א חששא דאורייתא

היא וכתב המהרי"ט בתשובה דס"ל דחזקה דמשתני לאחר ג' ימים אבל כשיש פרצוף פנים בלא חוטם מעידין אם יש סימנין בגופו וכליו ולכך שנו ברישא להשמיענו דדוקא אם יש פרצוף פנים וגם החוטם אז מעידין אבל אם חסר אחת מהם או חוטם או פרצוף פנים אין מעידין אף ע"פ שיש סימנים בגופו וכליו ולפי"ז איכא למימר דלהך שינויא דמשני גופו דארוך וגוץ כליו בחיורי וסומקי לא קשה אמאי לא קתני בסיפא אע"פ שיש סימנין בגופו וכליו דאיכא למימר דלהך שינויא ס"ל כלישנא קמא דבכורות דמדאורייתא בפרצוף פנים לחוד סגי ולא בסיפא מטעמא דאמרן. ובזה ניחא דקדוקו של הב"ח בתשובה שדקדק על סוגיא דב"מ דאחרי דמשני גופו דארוך וגוץ משני תחלה דחיישינן לשאלה ואח"כ משני כליו בחורי וסומקי ולמה לא משני מיד בכליו דחורי וסומקי כיון דאסיק אדעתיה לומר גופו דארוך וגוץ. ורצה לומר דפליגי סוגיין אם חששת שאלה הוי מצד הסברא יע"ש ולהנ"ל י"ל לכך לא ניחא לתלמודן לומר בחיורי וסומקי משום דלפ"ז מוכרח לומר דמד"ת סגי בפרצוף פנים בלא חוטם ועדיפא ליה לשני כליו דחיישינן לשאלה דבזה איכא למימר דלאחר שלשה אע"פי שאין מעידין מ"מ כשיש סימן בגופו דארוך וגוץ וגם סימנים בכליו מעידין מה שאין כן בחסר פרצוף פנים או החוטם דאין מעידין כלל אם לא בסימן בינוני למ"ד סימנין ד"ת אבל בגוף ארוך וגוץ וכליו אפילו בסימן מובהק לא מהני משום שאלה :

אבל לפמ"ש הנוב"י שם לדחות דברי כנסת יחזקאל שכתב שאין לדייק ממתני' דמהני סימנין בגופו או בכליו לאחר ג' ימים מדלא קתני אע"פ שיש סימנין בגופו ובכליו אחר בבא דאין מעידין לאחר שלשה ימים משום דווקא לאחר ג' ימים א"נ אע"פ שיש סימנין בגופו ובכליו דיש לחוש אחר שלשה ימים שנתפח נשתנו ג"כ הסימנים אבל בתוך שלשה אעפ"י שחסר הפרצוף כיון דהוא תוך שלשה מעידין ולכך לא תני אע"פ שיש סימנים בגופו בסיפא דאין מעידין לאחר שלשה ימים וכתב הנוב"י דאכתי היה לרבינו הקדוש לשנות תחלה דא"נ לאחר ג' ימים ואח"כ דאין מעידין אלא על פרצוף וכו' אע"פ שיש סימנים בגופו וכליו דאז הוי עכ"פ הך דאעפ"י שיש סימנים בגופו הוי אפשר לומר דקאי גם ארישא משא"כ עתה ששנה התנא אע"פ שיש סימנים בגופו וכליו קודם בבא דאין מעידין נראה להדיא דאינו קאי על בבא דאין מעידין לאחר ג' ימים יע"ש דיוק זה קשה להך שינויא דכליו בחוורי וסומקי אם לא שנאמר דלהך שינויא באמת אליבא דמ"ד סימן בינוני מהני מדאורייתא ה"ה דשני סימנים גרועים מצטרפי להתיר אם יש ע"ע בגופו ופניו ולא אמרו דמאה סימנין שאינן מובהקין לא מצטרפי רק למ"ד סימנים בינונים לא מהני מדאורייתא ע"כ לא מצטרפין מאה סימנין שאינן מובהקין אבל למ"ד סימנין דאורייתא ומהני סימן בינוני מד"ת ה"ה דמהני צירוף סימנים שאינן מובהקין וכבר צידד הגעה"ג בסי' הנ"ל לומר כן אליבא דהטור ודוחק :

ואולם גם לדברי הגעה"ג צ"ע מנין להם להוכיח מדלא קתני בסיפא אע"פ שיש סימנים בגופו וכליו מכלל דסימן בגופו או בכליו מהני דלמא דווקא כשיש תרתי סימנים בגופו וגם בכליו דלא מהני כשאין שם צורת פנים וחוטם ובדאיכא רק לאחר ג' ימים מהני אבל מנין לנו ללמוד דאפילו אחד מהני וצריך לומר דס"ל דאם צירוף שני סימנים משוי להו למובהק א"כ אפי' אין שם היכרא דצורת פנים אחד ראוי הוא שיועילו ואם אין הצירוף גורם להחשב כסימן טוב א"כ אף לאחר ג' ימים לא יועילו :

ובענין צירוף סימנים ידוע דעת המ"ב והט"ז דמהני להתיר והח"מ חולק וס"ל דלא מהני וכד' הרא"ש בקוע"ג וכתב דגם מהרא"י ומהריב"ן לא סוברים כן ולכאורה פשטא ליסנא דמתני' משמע כן דקתני אעפ"י שיש סימנין בגופו וכליו ודקתני סימנין לשון רבים ולא מבעי' לדעת מהר"ל מפראג דס"ל אם אמרי' סימנין דרבנן לא חיישי' לשאלה א"כ הרי קתני דאפילו שיש סימנין בגופו ובכליו והן אם נאמר דמתני' מתפרשא בלשון או בגופו או בכליו א"כ מדקתני סימנין בגופו משמע וודאי אפילו כמה סימנים לא מהני בגופו דאל"כ ליתני אע"פ שיש סימן בגופו או בכליו ואם נאמר דלשון סימנין דקתני קאי על גופו וכליו הרי לדעת מהרי"ל את"ל סימנין דרבנן לא חיישינן לשאלה וממילא גם בגופו לא מהני שני סימנין וגם אם נאמר כדעת הב"ש דאם סימנין דרבנן חיישינן לשאלה הרי כ' לתרץ קושי' מהר"ל מפראג אמאי לא קתני אעפ"י שיש טב"ע בכליו. וכתב הב"ש משום דמיירי אף בכלים דלא מושלי אינשי וא"כ ממילא מוכרח דגם בגופו לא מצטרפין שני סימנין אלא דבאמת יש לומר בהיפך דאם נאמר דצירוף סימנים מהני לעשות סימן מובהק א"כ נסתר קושי' מהר"ל מ"פ דאיכא למימר דלעולם אם סימנים דרבנן ג"כ חיישי' לשאלה והא דלא קתני אע"פ שיש טב"ע בכליו הייני משום דאם יש טב"ע בכליו וליכא רק חשש שאלה בלבד ומצרפין סימנים דגופו וכליו אבל כשיש רק סימן בכליו ונוסף עוד חשש שאלה אע"פ שיש סימן בגופו לא מהני ואם כן לא קשה לדעת הב"י דס"ל דחיישינן לשאלה אמאי לא קתני טב"ע בכליו משום דטב"ע מהני ע"י צירוף סימן בגופו קאמר וכ"כ בבאר היטב מאה"ע תשובת הגאון מהו' עוזר ז"ל דמהני צירוף סימנין אלא שאין ראיותיו במ"כ מכרעת לדינא שהוא ז"ל כ' להוכיח כן דאל"כ למה הדר רבא ואמר את"ל סימנין דאורייתא והנה הרא"ש עמד בזה וכתב דמפני שלא ידע רבא הטעם מפני זה לא רצה להכריע דאולי היה לרבנן טעם אחר לא ידע או דמוקי למתני' בלורבא מדרבנן וכתב הוא ז"ל שהוא דוחק . והרי גם הראב"ד כ"כ . ועוד דרך אחר איתא בשיטה מקובצת בב"מ . ואין להוכיח דין מה שעמדו עליו הגדולים ז"ל והיטב בעיניהם נאמר להם כי דוחק גם מה שהוכיח מהך דחולין אינו ראיה וכתבתי במקום אחר מזה ומ"מ בזה שהכירוהו כולם בטב"ע ואיכא הך חששא דנתפח שכ' הנמוקי בשם הריטב"א דחששא דרבנן הוא וגם הרשב"א אע"פ שבתחלה כתב שהוא ספק תורה אח"כ כתב ג"כ דנראה דחששא דרבנן הוא עכ"פ בדאיכא תרי סימנין יש להתיר ולפמ"ש הפנים מאירות בחלק ג' הובא בס' שב שמעתתא וכ"כ בהגהה מהו' עוזר בתשובה אשר בס' באר היטב והוכיחו כן מתשובת הרא"ש ומה שהקשה בפני יהושע כ"כ שם בספר שב שמעתתא לדחות מה שכ' הוא ז"ל מדר' אשי דקאמרי נקב יש בו בלד אות פלוני אע"ג דכתב הר"ן דרב אשי מוקי לה בשיירות מצויות ולא הוחזקו אע"ג דהוא מדרבנן אפ"ה בעינן סימן מובהק כלפע"ד מלבד שיש לדחות גם ע"ז דמחמרינן בגט מיהו בלא זה נראה דאע"ג דאם ברור לנו דסימנין מד"ת לאו כלום הוא אז לא סמכינן אסימנין אפילו באיסור דרבנן מ"מ עתה דיש ספק אם מה"ת סמכינן על סימנין או רק מדרבנן בזה י"ל וודאי דבדרבנן ספיקא לקולא כיון דאיכא ג"כ סברא דאפילו בדאורייתא סמכינן עליה ורב אשי קאמר דאמרי נקב יש בו בלד אות פלוני אולי התנא סובר סימנין דרבנן ואז אין סומכין אפילו בדרבנן על סימן בינוני אבל עתה דלא איפשטא וכמה מרבותינו סוברים דהלכה כן כמ"ש בש"מ בב"ב בשם הריטב"א . והרא"ש כ' דדעת הרמב"ם ג"כ דסימנים דאורייתא בהא דהחמירו באיסור א"א ודלא כהרא"ש בדעתו של הרמב"ם נראה דיש לסמוך בדרבנן אפילו . ומ"ש הרמב"ם בה"ל גירושין פ"ג דנקב יש בו בלד אות פלוני הייני משום דמסיים אפילו הוחזקו וסמ"ל דאז הוי חששא דאורייתא ונראה מזה שהוא מפרש דרב אשי רצה לאוקמיה מתני' בכל ענין אפילו איכא תרתי דהוי חששא דאורייתא. ואין תימה אם לא חילק הרמב"ם בין הוחזקו בלבד או סמ"ל בלבד דסגי בסימן בינוני ובין איכא תרתי דאין דרך הרמב"ם רק להעתיק מה שמפורש בגמ' וכן מ"ש הגאון בעל שב שמעתתא לפירושו בדברי נימוקי מוכרח להיפך ליתא דאין ראיה להיפך דאע"ג דמשאל"ם דרבנן מ"מ הייני בשהה עליו עד שתלא נפשו ואין מפורש שם דמיירי ששהו ולכך קאמר הנימוקי דאיכא סימנין מובהקין מעתה בנידון דידן דאיכא כמה לצדדי היתר דעת ר"ת פניו כולו שלם

רק מעט אלא הנחירים וכל גופו שלם. וגם שני סימנין קרובים להיות מובהקין החטוטרת בגבו בצד ימין והצואר העב וגם השינים זוג זוג כפולים דאיכא דעת ר"ת ודעת המ"ב ועה"ג דסימן עם טב"ע מהני לאחר ג' ימים ולצירוף שנים או שלשה סימנים בגופו אם יש ב' רבנים מורי הוראה מתירין הנני סניף להצטרף עמהם דברי ידידו: ה"ק מאיר א"ש

סימן ל

בעזרת השם יתברך יום ג' ערב ראש חודש תמוז תר"ג לפ"ק אונגווער יע"א :

ישאו הרים שלום. צדק וטוב עד עולם. לכבוד הרב המאור הגדול גאון העדה המופלא ומופלג כש"ת מוהר"ר משה פרענקיל נ' האב"ד דק"ק שעבעש והגליל יע"א :

מכתבו עם התשובה על אודות העגונה המוזכרת שם הגיעני. והנה מאז ראיתי את העדות גם קראתי את אחי האשה וחקרתיו ולא נמצא אתו נוספות. ואפילו הספן לא הגיד רק כי בערב היה מרדכי בער על הספינה. ובבוקר בעת נוסעם ממקום תחנותם לא נמצא. ודרכם של הולכי ספינה ללכת בדוגיות אל היבשה ולשוב אל הספינה כאשר יחפוצו. וגם בקראי העדות של העלובה הזאת כמעט נואש לבבי מלהשיב מאומה כי מה יועילהו אם אענהו. אחרי שאין בלבבי לסמוך על העדות להתיר. ואולם דברתי עם ידידי הרב החריף מוהר"ש נ' הבנתי מדבריו כי מעכ"ת נ' מיחל לתשובתי לזאת אמרתי רק להודיע אליו כי קשה בעיני לסמוך על העדות שהובא לפנינו להתיר אחרי כי אין שום סי' אפילו אמצעי בגופו ובאנו רק לסמוך על כליו. ומי ימלא לבו לסמוך על זה ובפרט כי גם בכלים אין כאן סימ' מובהק. ואפילו האמצעי כמעט אין בהם רק סומקי וחוורי וכדומה. והאותיות שנים אין בהם סימן כלל כי כמה שמות יש בראשם אותיות ההמה. ועכ"פ סימן מובהק לא הוי אפילו לא הוי חיישינן לשאלה וכ"ש דחיישינן לשאלה ומשמע וודאי אפילו בכל כליו וכפשטא דמתניתין דאין מעידין אפילו יש סימנים בגופו ובכליו ואיקומא כלים דחיישינן לשאלה: להך דיצחק ר"ג לא דמיא כלל אחרי שלא ידענו כלל שם הנמצא מה הוא ומה ענין זה לשם דהוי ידעו דשמו יצחק ר"ג והיה רק ספק אם לא בא יצחק אחר לכאן והוא שמת ולזה שייך סברת הנמ"י כיון דעכ"פ ידענו דזה נקרא שמו יצחק אבל בכאן לא ידענו כלל אם זה הנמצא שמו מרדכי בער. ואם אין כאן סימן מובהק איך אפשר להתיר. ותימה על מעכ"ת שדימה ענין זה להך דיצחק ר"ג. הכתב שנמצא באמתחתו שהוא הולך למות אינו מכריע כלל כידוע דעביד איניש דגזים כו'.

דברי ידידו ה"ק מאיר א"ש :

סימן לא

ע"ד שבא כתב ממדינת מעהרן כי פלוני בן פלוני מעירנו שבק חיים לכל ישראל ואין מכיר את החתימה. והנה הרי"ף סוף יבמות הביא מחלוקת הירושלמי במצאו כתוב בשטר פלוני בן פלוני מת אם משיאין את אשתו ולא הכריע ובגטין פרק מי שאחזו הביא הך דאמר ר"י ב"מ אמר ר"כ דבעדות אשה אקילו בה רבנן ולא בשאר עדות דרחמנא אמר מפיהם ולא מפי כתבם וכתבו הרמב"ן וסיעתו דאפשר סמך ביבמות על הך דמ"ש ואולם הטור כתב שאביו הרא"ש לא הכריע אף כי גם הרא"ש כתב בגטין כדברי הרי"ף והב"ש כתב דדעת הטור דמחלוקת הירושלמי היינו כשכותב לזכרון ובפרק מ"ש מיירי שאינו כותב לזכרון. ולזה תמה על הר"ן שאחרי שפירש דמחלוקת הירושלמי הוא בכותב לזכרון איך כתב דהרי"ף סמך על הך דמ"ש. ולפי עניות דעתי הדבר תמוה דאיך אפשר לומר דדווקא בכותב לזכרון פליגי והרי נראה טעם דמאן דס"ל דלא סמכינן על השטר היינו משום מפיהם ולא מפי כתבם. מדמייתי בירושלמי סיוע למאן דא"ל דסמכינן מהא דתנן על פי שנים ולא על פי כתבם ולא על פי תורגמן וא"כ אף בכותב לפני הב"ד ראוי שיפסל ובפרט בנשתתק דמיירי בגטין. ועוד לפ"ז איך התפרש הך ברייתא דמסייע למ"ד אין משיאין דתני' יפה כח העדים ואם מיירי בכותב לזכרון דווקא א"כ בכה"ג אף ממשועבדים אינו גובה. וא"כ מנ"ל אם אינו כותב לזכרון לעולם יפה כח השטר ובכותב לזכרון לעולם יפה כח העדים ובאמת לא מצאתי להר"ן שיפרש דפליגי בזכרון לחוד רק בסוגי' דכותב אדם עדותו על השטר כתב הר"ן להכריע פירוש האחרון שכתב הרי"ף שם מכח התוספתא שאמרו שם יפה כח עדים מכח השטר ויפה כח השטר שהשטר מוציא אשה מבעלה מה שאין כן בעדים ויפה כח העדים שהעדים שאמרו מת פלוני תנשא אשתו ומצאו כתב בשטר מת פלוני לא תנשא אשתו (והא דלא קאמר בתוספתא דיפה כח שטר לענין נכסים משועבדים מלבד דעדיפא מיניה קאמר לענין ד"ת. עי"ל דאולי תוספתא זו אתיא כר' יוסי דס"ל קלובין אעפ"י שאין כתובין וא"כ לא מבעיא לדעת רש"י דס"ל דאפילו מלוה ע"פ גובה מנכסים משועבדין וודאי ניחא ואפילו לדעת התוס' בגטין מ"מ אין זה גריעותא דעדים כיון דעכ"פ במילי דקבלא דלא מלכעא להו טורף ממשעבדא ואולי גם בשטר אם יאמרו לעדים לא תיפוק לכו שוטא ויעידו העדים כן לפנינו אפשר דאינו טורף ממשעבדי כמו גבי מחאה וצ"ע בזה. ואולם הא דלא קאמר בברייתא דירושלמי הך עדיפותא שהשטר מוציא אשה מבעלה יש קצת ראיה לדעת הרי"ף וסייעתו דפלוגתא דע"מ וע"ח כרתי הוא. דלמ"ד ע"מ כרתי בחדא סגי לו בע"ח בלבד או בע"מ בלבד ולר"מ בעינן ע"מ ולא ע"ח וא"כ איכא למימר דברייתא דירושלמי אתי' כמ"ד ע"מ כרתי וא"כ לא שייך לומר יפה כח שטר שהשטר מוציא אשה מבעלה. דהאי ברייתא באה לומר יפוי כח עדות בשטר על כח עדות בע"פ. ולמ"ד ע"מ כרתי הא מבלי עדי חתימה יכולה להתגרש והתוספתא אתי' כר"מ דאמר ע"ח כרתי. וכן לדעת רש"י ובעל העיטור בסוגי' דשלים ולפי פירוש הרשב"א שם את דעתם אבל לדעת ר"ת דלעולם בעינן עדים דאין דבר שבערוה פחות משנים קשה דמאי מעליותא דשטר שמוציא אשה מבעלה הרי א"א לשטר להוציא אם אין עדים שם בשעת מסירה וצ"ע). ואי אמר מ"ם בשטר שמענו שכתבו תנשא אשתו כותב אדם עדותו על השטר ומעיד עליה אפילו לאחר כמה שנים וכתב הר"ן מהא משמע שכותב אדם עדותו על השטר לאו שטר גמור הוא אלא שטר זכרון דומיא דמצאו כתוב בשטר איש פלוני מת דהיינו שטר זכרון ואם על זה כיון הב"ש לא ידעתי דרכו בקודש כי לפענ"ד אין כוונת הר"ן לומר שיש חילוק בכותב בשטר איש פלוני מת לכותב בזכרון לכותב בתורת עדות דא"כ היא גופא מנלן דמצאו כתוב בשטר מיירי דווקא בכותב לזכרון רק כוונת הר"ן לומר דלא תימא דמיירי הך דכותב אדם עדותו על השטר בשטר הנעשה מדעת המתחייב דלא שייך ביה מפי כתבם כלשון שטר בכל מקום וא"כ ע"כ הפירוש כדברי רב האי גאון ז"ל לזה כתב דהא קתני דומיא דמצאו כתוב בשטר איש פלוני מת דע"כ לא שייך תורת שטר שיפה כחו מפני שנעשה מדעת המתחייב דהא לא שייך במת איש פלוני וע"כ מיירי בכותב לזכרון וה"ה הך דכותב אדם עדותו על השטר וכו' אבל לעולם אין חילוק בין כותב לזכרון לכותב לפני הב"ד בפרט באלם או נשתתק ויפה כתב הר"ן דהרי"ף סמך על הך דגטין דאם אינו כותב בתורת שטר אין הפרש בין כתיבה לכתיבה. ודעת הטור היה מקום לומר דס"ל דיש לחלק בין הרכנת הרא"ש שהביאו הראשונים בשם הירושלמי דהיא בהרכנת הרא"ש היא חולק (והוא דעת הטור עצמו בסי' ק"כ) ובין כתב וכמ"ש הב"ש ולא כתב הטור דהרא"ש לא הכריע רק על כתב ידו ומה שהעתיק לשון הרי"ף בגטין אין ראיה שיסבור כוותו וכמ"ש הש"ך לענין שיעבודא דאורייתא בדעת הרא"ש וסמך על זה שכתב אח"כ בהתקבל בשם ר"ת דהרכנת הרא"ש עדיף מכתב ידו לפע"ד יתכן עוד לומר לפי מה דמשמע בתוספתא שהביא הר"ן דמיירי אם העדים שכחו לגמרי ואינם נזכרים מתוך הכתב (חסר)

סימן לב

ע"ד האשה אשר הלך בעלה עם שני א"י ולא שב לביתו ונחשדו הא"י אשר הלכו עמו כי הרגוהו ונתפס האחד והודה ע"י עינוי כי הרג אותו ויבואו בני ישראל להשני אשר לא נתפס יען הוא מחורי הארץ ויגידו לו כי כבר הודה השני אז אמר אחרי כי כבר הודה השני ספר הדברים כאשר היו כי דחפו אותו לבור ואח"כ שחטו אותו מן הצואר ויאמר לאשתו שתבי' האמתחת עם צרור הכסף אשר לקחו מן הנרצח ותביא הכסף צרור בשק פשתן טלוא בטלאים אשר הגידה אשת הנרצח כי כן הי' לבעלה וגם מנעלים אשר הוכרו כי היה להנאבד כמותם ע"י התפירות שהיו בהם החזיר הרוצח כל זה הגיד הרוצח והנאבד לפני לכתו היה בכפר היטין וראו אותו אשה ונער אחד כי הולך עם הגוים בדרך וכן מצאוהו נכרים הולך עמם ויספרו כן במסל"ת ונמצא הרוג אחד קבור ביער מהלך עקלתון מן הדרך אשר הלכו בו הנאבד והגוים ונמצא לבוש בבגד בעקיטיל ואשת הנאבד הגידה סימני התפירה וכן המכנסים לבנים וקרועים וכתונת שלו עם כפתורים כנגד החזה והלב וארבע כנפות שלו של תכלת כאשר היה לבעל האשה ועתה האשה מבקשת להתיר כבלי העיגון ממנה:

ולכאורה אין כאן עדות ברור האחד מן הרוצחים הגיד ע"י יסורים ועינוי והשני ע"י שאלה וסימנים או ע"ע לסמוך עליהם אין כאן בגופו ופרצוף פנים לא היה ניכר והנה על דברת הנוב"י קמא ש"כ דיש לעשות סניף היכא דיש רגלים לדבר שיש לסמוך אפילו על נכרי שאין מסל"ת רחוק מאוד לפענ"ד וכבר הארכתי קצת בזה בתשובה דהרי בסוטה דאיכא רגלים לדבר ואם בא ע"א ואומר נטמאה אינו נאמן אם הוא עובר לעבירה מן התורה ועכו"ם ע"י שאלה לא עדיף מישראל עובר עבירה ואם ישראל פסול לעדות מחמת עבירה אינו נאמן כמבואר ברמב"ם בפ"א מהלכות סוטה הלכה ט' הרי דאע"ג דיש רגלים לדבר אין הנכרי נאמן אם אינו מסל"ת ואף שיש לדון בזה עוד מ"מ הרי מדברי מהרא"י ורמ"א שכתבו דאם יש אומדנות מוכיחות אעפ"י שאין נכרי מסל"ת אם התירה חכם ונישאת על פיו לא תצא מפורש דאסור לינשא ולכאורה המתירה לכתחלה בר נידוי הוא וכן מורי הגאון בעל חת"ס לא רצה לעשות סניף מזה ואולם מעכ"ת כי' כ' דכיון דיש אומדנות והגדות הנכרי א"כ אין כאן איסור דאורייתא כמ"ש מהרא"י (וע"ז סמך ג"כ המצי"ע במה שהורה דאם נמצא בדרך שידוע שהלך בו הנאבד מת אחד ולא נשמע שנאבד אחר זולתו בכל הסביבות דאין כאן איסור דאורייתא דומיא מ"ש מהרי"א) וא"כ אפשר לסמוך בדרבנן על סימני הבגדים כיון שנמצאו כל בגדיו וגם הארבע כנפות דלפמ"ש מהרי"ע לא חיישינן לשאלה במלוה דגופא:

הנה כל מה שהורו רבותינו מהרא"י וסיעתו דאם יש אומדנות מוכיחות יצאנו מידי איסור דאורייתא ומילא אם נישאת ל"ת הח"מ קיים ולמעשה צריך להתיישב בדבר ואף דאפשר דלא כתב כן רק בלא אמירת נכרי אבל אם אמר הנכרי גם שאינו מסל"ת אינו חולק אפי' למעשה מ"מ צריך להתיישב כי ל"ע מאחר דילפינן דאין דבר שבערוה פחות משנים עג"ש דדבר דבר מממון ולא לבד לענין עדות א"א כי גם לענין דאין הולכין אחריו לענין דברים מכוערים לאסור אותה על בעלה וכדאיתא בגיטין דף פ"ט ע"א דאמר רבא יצא לה שם מזנה בעיר אין חוששין ומסיק דתנאי היא דאיהו סובר כריב"כ דיליף מממון מה להלן דבר ברור אף כאן דבר ברור ומהאי טעמא אין מוציאין בעדי כיעור להרי"ף וסיעתו כמ"ש הרמב"ן משום דילפינן דבר דבר ממממון דבעינן דבר ברור ולפי זה איך נאמר דהיכא דיש אומדנות מוכיחות מותרות מדאורייתא הרי בממון לא קיימא לן כרב אחא דאזיל בתר אומדנא וכתב מהרי"ק שורש ק"ל דאפילו יש כמה אומדנות לא מהני וע"ש שחולק וכתב דאע"ג דקיי"ל מכינה דפיס בממון דאזלינן בתר אומדנא היינו היכא שהמעשה מבורר ובאנו רק להוכיח דעת הנותן אבל הכא דאין המעשה ברור לא אזלינן בתר אומדנא וא"כ איך ניזל להתיר א"א בתר אומדנא לברר המעשה נהי דלא מהני בממון הן אמת שהפ"י בחידושיו ובקו"א לידד לומר להרמב"ם את"ל דסובר דע"א נאמן מד"ת בעדות אשה איכא למימר דדווקא לאיסור אמרינן דאין דבר שבערוה פחות מב' אבל לא להתיר ודרשא דסיפרי לא יקום ע"א באיש אבל קם הוא לעדות אשה לאו אסמכתא היא אבל דעת רבותינו כמה מהראשונים אליבא דהרמב"ם הריב"ש וסיעתו ס"ל דגם הרמב"ם לא ס"ל דנאמן מדאורייתא והתשב"ץ דס"ל דנאמן מדאורייתא אליבא דהרמב"ם היינו מטעמא דעבידא לאגלויי וכמו שהאריך התשב"ץ ואחריו העומדים בשיטתו אבל לומר דדבר שבערוה לאסור צריך שנים ולהתיר ע"א נאמן אע"ג דאתחזק כמ"ש הפ"י זר מאוד והרי בעל אומר לגירושין ושליש אומר לגירושין והוא אומר נתן לו ואבד אמר ר"י אין דבר שבערוה פחות משנים וא"כ איך אפשר לילך בתר אומדנא בדבר שבערוה מד"ת כיון דבממון לא מהני:

ולכאורה לפ"ז אף בתר רובא אין לילך בדבר שבערוה מד"ת כיון דקיי"ל כשמואל דאין הולכין בממון אחר רוב והתוס' בב"מ דף כ' ע"ב ד"ה איסורא שהקשו טפי מחמירינן בממון דהא אין הולכין בממון אחר הרוב ובאיסור אזלינן עיקר קושיתם דהרי מצד איסור אין חומר יותר בממון ואם בדבר שבערוה אין לילך אחרי הרוב היינו משום דילפינן מממון אבל לעולם באיסור א"א אין לילך אחרי הרוב כמו בממון והא דבנים שאין להם קול אם נישאת לא תצא היינו משום דהוי מיעוטא דמיעוטא דכה"ג אף בממון היינו הולכין אחרי הרוב וכ"כ הראשונים דבנים שאין להם קול הנפלטים מיעוטא דמיעוטא אבל בתר רוב גרידא אין לילך בא"א כמו בממון ואין להקשות א"כ אמאי פליגא רבנן עליה דר"מ וס"ל דקטנה מתיבמת ואמאי לא חיישי בדבר שבערוה למיעוט ושמא היא איילונית ונמצא בא על אשת אחיו שלא במקום מצוה אבל הא ליתא דע"כ לא אזלינן בממון אחר הרוב היינו היכא דאיכא חזקת ממון כנגד הרוב אבל שלא במקום חזקה הולכין כמ"ש התוס' סוף מס' דכתובות לענין עיר שנכרים וישראלים דרים ומילא אף בדבר שבערוה אין לילך אחר רוב לפי דברינו הוא דווקא היכא דליכא חזקה כנגד הרוב אבל בקטנה דליכא חזקה כנגד הרוב וודאי אזלינן ולזה מתיבמת שפיר לרבנן ובזה אפשר ליישב דברי הרי"ף וסיעתו שפסקו מתני' דיבמות דף קי"ט האשה שהלך בעלה וצרתה למ"ה ומת בעלה לא תנשא ולא תתייבם ואמאי לא תנשא הרי רבא מוקים לה כר"מ (לפי גרסתו) דלדידיה סמוך מיעוטא לחזקה ואתרע לה רובא ולכך לא תנשא אבל אנן דקיי"ל כרבנן דלא חיישי למיעוטא א"כ ניזל רוב נשים מתעברות ויולדות וכו' ולדברינו הנ"ל ניחא דכיון דילפינן דבר דבר מממון א"כ אין לילך בדבר שבערוה אחר הרוב רק היכא דליכא חזקה כנד הרוב לא כשיש החזקה סותרת הרוב והרי דעת המרדכי ביבמות דיבמה לשוק אם אין קידושין תופסין מקרי דבר שבערוה. והאריך בזה הנו"ב קמא באה"ע סי' כ"ד. וכן מצאתי בספר התרומה כדברי המרדכי ומשם מקור הדברים שבמרדכי וא"כ יפלא לכאורה אמאי הוצרך רבא לומר דכר"מ היא הרי גם לרבנן ראוי לומר כן. אבל הרי ביבמות דף כ"ב ע"ב רב הוא דאמר אין קידושין תופסין ביבמה לשוק ושמואל אמר בעניותנו צריכה גט מספק וא"כ בין לרב ובין לשמואל צריך לומר דמתני' אתי' כר"מ לרב דפשיטא לי' דאין קידושין תופסין הרי לדידי' הולכין בממון אחר הרוב א"כ גם באיסור ערוה יש לילך אחר הרוב ולשמואל דס"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב הא לדידי' מספקא לי' שמא קידושין תופסין וע"כ אין כאן דבר שבערוה וע"כ מוקמינן מתני' כר"מ אבל לדידן דמספקא לן וחיישינן דלמא אין קידושין תופסין וקיי"ל כשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב גם לרבנן אין לה להנשא לשוק מטעם המיעוט הנסמך לחזקה דאולי הוי דבר שבערוה דאין הולכין אחרי הרוב היכא דאיכא חזקה וזה נראה לכוון לדעת התרומה והמרדכי והראשונים שהקשו על הרי"ף ולא תירצו כן אין ראיה דס"ל דגם דבר שבערוה אזלינן אחרי הרוב כי יתכן דס"ל דיבמה לשוק לא

מיקרי דבר שבערוה וכמו שהאריך הנודע ביהודה בקונן הנ"ל :

ואולם הריב"ש בסי' שע"ע כתב דבהך שהעיד רא"ב"פ לפני חכמים בגיטין דנותנין עליהם חומרי חיים וחומרי מתים קי"ל דהם כיהת תלה והע"ג דרובן לאבד ורובא וחזקה רובא עדיף מ"מ כאן איכא שתי חזקות והכוב"י בסי' מ"ג הביא ראיות דאפי' כנגד שתי חזקות אזלינן בתר רובא (ויש לדון אחרי ראיותיו כתבתי במקום אחר) וקיים שם ולא ידעתי מנין לו להריב"ש דבהך דרא"ב"פ איכא רובן למיתה ואישתמיט מיניה בכתבו זאת גמרא ערוכה בב"ב דף קנ"ג ע"ב דאמר אביי השתא ומה ספינה שרובן לאבד נותנין עליהם חומרי חיים וכו' הרי מפורש דיש רוב בהך דרא"ב"פ כדברי הריב"ש ואולם לפ"ז הן דבדבר שבערוה אין הולכין אחרי הרוב כנגד החזקה כמו בממון אכתי לא הולרך לומר דמשום דאיכא תרי חזקות דגם נגד חזקה אחת אין ניזיל בדבר שבערוה אחרי הרוב לדברינו הנ"ל ורק במים שאין להם סוף דהיינו שנטבע ועמדו ורא"ו עד שהועד בכדי שתלא איכא מיעוטא דמיעוטא כמ"ש הריב"ש עלמו שם וכ"כ הרא"ש בבכורות פ' הלוקח דמים של"ס הוי מיעוטא דמיעוטא ומשום הומרא לכתחלה לא תנשא (ול"ע ביבמות פרק החולץ סי' א' כתב דלכך חיישינן לנפלים אע"ג דרוב נשים וולד מעלייה ילדו משום דנפלים מיעוטא דשכיח חיישינן כמו במים שאין להם סוף וגופם דרוב גופקין למיתה משמע דמיעוט כמלטין שכיח ואולי לא בא הרא"ש לומר רק דמנכין החמירו חכמים אפי' ברוב גמור משום הומרא א"א הוא דיש להחמיר במיעוט דשכיח אפילו ביבמה לשוק) גם ל"ע לדברנו מהא דריש גיטין דפריך אמאי שליח כאמן דהא אתחזק והוא דבר שבערוה ומשני רוב בקיאין הן ואפי' לר"מ דחייש למיעוטי קתם כו' והוי מיעוטי דמיעוטי משמע דלרבנן בלא"ה כאמן מפני הרוב ואמאי כאמן הא הוי דבר שבערוה דאין ניזיל אחרי הרוב כמו בממון ויתכן לומר דכיון דאיכא רוב שוב עכ"פ מדיכא כאמן דהי' מיניה מוקמינן כנגד החזקה או הרוב או העד שוב יש להקל דאם הרוב סותר החזקה שוב ע"א כאמן לדעת מהרי"ק דלא אמריכין אין דבר שבערוה פחות משנים רק היכא דאיכא חזקה וגם אם כאמר דלא כמהרי"ק מ"מ יש לומר להיפך דכל דאיכא ע"א כנגד חזקה איתרע החזקה ומ"מ להפוסקים דע"א כאמן באיתחזק איסורי וודאי איתרע חזקה אלא אפילו להפוסקים דאין ע"א כאמן מ"מ י"ל דמודו ג"כ דאיתרע החזקה אלא דא"א להקל כיון דהוי אכתי ספק ועכ"פ היכא דאיכא רוב שפיר מהני גם לדברינו דכיון דאיתרע החזקה שוב הולכין אחר הרוב דגם בממון הדין כן אם אין חזקה הולכין אחרי הרוב וא"כ שפיר משני רוב בקיאין הן ואע"ג לפ"ז מדיכא לריך עדות העד ובגט' אמריכין ורבנן הוא דאלריך היינו משום דבאמת קתם קיפרי דדייכי ומגמר גמירי ולא הי' לריך עדות כלל :

וייש לעיין לפ"ז אם גם בממון יהי' כן דכל דאיכא רוב וע"א אף בממון הולכין אחר הרוב כי כן ראויה להיות לפ"ז ובתוספות בב"ב בהמוכר פירות דפריך שם לרב דאמר הולכין בממון ממתני' דכתובות ומשני וכתבו התוספות שם ד"ה וזו הואיל ואין לה קול דלרב קשה א"כ אמאי כאמן להעיד מה שראה בקטנותי' מ"מ כ"כ אם יש קול אין לריך עדות ואם אין קול אמאי כאמנין וכן הקשו בכתובות רק בב"ב כתבו דלשמואל ניחא דס"ל דאע"ג דיש קול ואיכא רוב גמור אכתי לריך לגלויי מילתא ולדברינו קשה גם לשמואל אמאי לריך שנים גדול וראה בקטנותי' בגדול לאוד קגי כיון דאיכא רוב גמור ובכוב"י קמא בהא"ה בסי' כ"ד כתב בסוף דאע"ג דאיכא חזקה איסור א"א דכיון דאיכא רגלים לדבר כאמן ע"א דכיון דעיקר הכלל דאין דבר שבערוה פחות משנים ילפינן מוכי מלא בה ערות דבר והרי בערות דבר היכא דאיכא רגלים לדבר כאמן ע"א דאם קנא לאשתו ואיכא עד קינוי ועדי סתירה שוב ע"א כאמן על הטומאה והרי שם יש לה חזקת היתר אפ"ה ע"א כאמן ק"ו דכאמן להתיר וכמ"ש התוס' יע"ש ולדברינו אהני ג"ם ואהני קרא דעד אין בה דהיכא דאין רגלים לדבר לריך שנים והיכא דאיכא רגלים לדבר כאמן ע"א בין לאיסור ובין להיתר אלא שיש לתמוה הרי כתב הרמב"ם בפ"ג מהלכות סוטה הלכה כ"ג דאם בא עד טומאה לאחר סתיי' איכו כאמן הרי דאע"ג דאיכא רגלים לדבר אפ"ה איכו כאמן משום דהיא בחזקת טהורה דאין לומר דהתם בעלי רגלים לדבר כיון דלא בדקו מים דבסוטה דף ו' ע"א מבואר דאין זה שלא בדקוה המים ריעותא דלרב יוסף איכא למימר זכות תלה לה ולרב ששת איכא למימר דלכך לא בדקו המים משום דאיכא עדים במ"ה ויע"ש במל"מ שכתב דלהרמב"ם הא דע"א כאמן על הטומאה היינו קודם סתיי' דבזה"כ היא שלא תשתה כל שיש בה ע"א לטומאה וכיון דליכא סתיי' להתירא כשארה באיסורא דמגיא דנשים דאין ראוין לשתות וכן בזה"ז ע"כל ולפי זה יש ראייה להיפך דאין ע"א כאמן אע"ג דאיכא רגלים לדבר לפ"ד המל"מ רק זה שכ' בעל המל"מ דהוי רק בזה"כ שלא תשתה והוי כמו בזה"ז דליכא מיא למבדקי' ל"ע ומזה שכתב הרמב"ם ס"פ א' מהלכות א"ב הלכה כ"ב המקנא לאשתו ונסתרה והי' בעלה כהן ובא עליה אח"כ ה"ז לוקה משום זונה אעפ"י שעיקר עדות בע"א כבר הוחזקה זונה הרי לפניך דאם לא היה ע"א לא היה לוקה עליה ומשמע וודאי אפילו גמר ביאתו אפילו בא עליה כמה פעמים משום דאיכו רק ספק וכמו שנראה מדבריו בפרק י"א מהלכות גרושין הלכה י"ד ויע"ש בכ"מ ובלא"מ בסתירת דברי הר"מ והתוספות מיהא מבואר דקודם שבא עד אחד איכו לוקה והק משום עדות העד לוקה אף דגם בלא העד כיון שהערה בה איכה שותה דהא איכו מכוקה ממון ותבהר באיסור אפ"ה איכו לוקה ואם בא ע"א והעיד שכטמאה לוקה הרי מחשבינן לה וודאי טמאה עפ"י העד באופן שדבריו מוקשים קלת אבל עכ"פ אין ללמוד מכאן לדעת הרמב"ם דעד אחד כאמן היכא דאיכא רגלים לדבר כיון דלאחר שתיה איכו כאמן אבל דעת התוס' בסוטה דף ו' דגם לאחר שתיה כאמן ע"א לומר כטמאה ולדבריהם יש מקום לדברי הכו"בי ואולם לדבריו להתיר מק"ו דכאמן בעד אחד לאסור מטעם דיש רגלים לדבר. וא"כ דברגלים לדבר ראויה לאסור וכ"ש להתיר דהרי אם קינה לה ונסתרה אסורה לבעלה ולבועל ולתרומה אפילו היכא דא"א להשקותה. וראיתי בחידושי הר"ן ריש נדה שכתב דהא דפשיטא לתלמודן דבסוטה הספק כוודאי היינו כיון דאסרינן לה בזמן הזה דליכא מים למיבדקיה איסור עולם מכלל דהספק כוודאי. (ולפענ"ד היה נראה מדאסרינן לה להבעל אף על גב דגם שניהם אומרים ברי לא פעלנו עון דכה"ג אפילו כגד חזקה מהכי לפמ"ש המהרש"א ריש פרק האשה והוסיף הפ"י בכתובות בסוגיא דברי וברי וע"כ דהספק וודאי אסרה התור' ולזה לא מהכי ברי שניהם) ועכ"פ כיון דלאסרה מכח רגלים לדבר היה מקום לאמר לפי דברי הכו"בי דכ"ש או עכ"פ ה"ה להתיר מהכי רגלים לדבר לכל הפחות מדאורייתא ויוכח לנו בזה הא דאזלינן לדעת הגדולים בתר אומדנא מדאורייתא להתיר. וכן אם אזלינן בתר רוב על כ"פ מדאורייתא כפשטא דריש גטין וכן הריב"ש שהאריך שכי חזקות אע"ג דבממון לא אזלינן בתר רוב מ"מ הא חזיכן דאזלינן בתר רגלים לדבר ויתכן דה"ה שאר אומדנות וכן בתר רוב אלא שכבר אמרנו דבגיטין דף פ"ה ע"א בהך דילא לה שם מזכה בעיר וכן ממ"ש הרמב"ן וסיעתו אליבא דהרי"ף משמע דבעינן דבר ברור דווקא וילפי לה מסוגיא דגיטין שכתבנו מכלל דס"ל דדווקא קינוי וסתירה דגלי רחמנא אסורה ולא בזולת. ועוד דאפילו בקינוי וסתירה ודוגמתן הא איתא ביבמות דף י"א ע"א דלרת סוטה אסורה והיינו דפטורה מן החליצה ג"כ ומותבינן ממתני' דחוללית ומשני אימא לך סוטה וודאי ולא אמרת לי סוטה ספק וכתבו התוס' שם דאע"ג דעשה הכתוב הספק כוודאי היינו לחומרא אבל לא לקולא וכ"פ הרי"ף והרמב"ם דסוטה וודאי היא ולרתה פטורה מן החליצה ומן היבום וסוטה ספק חוללית הרי אפילו בקינוי וסתירה לא משוויכן הספק כוודאי לקולא. ויש להאריך בזה לענין ספק טומאה ברה"י כי לפמ"ש הרמב"ם בפרק ז' מהלכות ק"פ דליבור שכטמאו בספק טומאה ברה"י כולן יעשו בטומאה משמע דאפילו לקולא חשיבי כוודאי טמאים דאם לא כן אלו יעשו בפ"ע והטהורים בפ"ע ודברי הכ"מ שם תמוהים וראיתי כי הרגיש בזה הקרבן עדה בפסחים וכן התוס' בריש נדה שהקשו בשני נזירים דאם מיירי

בראיתי טומאה שנזרקה ביניהם דהיה להם להביא קרבן טומאה ולפי תירוצם אם נזיר אחד נטמא בספק טומאה בר"ה מביא קרבן טומאה וודאי ומעייל חולין לעזרה. וכן בפי"א מס' פרה משנה ה' במזה מחלון של יחיד ונמצא מים פסולים ונכנס למקדש דחייב לפי פירש"י והר"ש ומהר"ם שהביא התוס' יו"ט משמע דהוי כוודאי וברים כדה משמע דפליגי רבנן ור"ש בהא אם ספק טומאה ברשות היחיד כוודאי חשבינן לה כוודאי גמור או ספק דלר"ש הוי רק ספק וכמ"ש רש"י שם בלישנא קמא ולרבנן הוי וודאי והרי ספק טומאה מסוטה ילפינן ואיך אפשר לומר דסוטה יהיה רק לחומרא כוודאי טומאה דילפינן מיניה יביא עליה קרבן הטומאה ונכנס למקדש. ואולי נחלק כיון דעכ"פ מדאורייתא לחומרא הספק טומאה כוודאי הן לענין סוטה וכן לענין טומאה דילפינן מיניה א"כ כבר טימא זה ראש נזרו וכן קרינן ביה ולא יטמאו את מחניהם דהרי היא טמא מדאורייתא וחייב להביא קרבן. אבל כיון שרק מן הספק עשאה התורה כוודאי א"א לפוטרה בלא חליצה אם ימות הבעל בלא בנים ועדיין צ"ע ועל כל פנים א"א ללמוד מכאן אפילו איכא ע"א שנטמאה לאחר קינוי וסתירה דתהי' פטורה מן החליצה לדעת התוס' דאיכא למימר דרק להחמיר האמינה התורה ותהי לאחר שתיי' כקודם שתיי' ואמנם מדכתב הרמב"ם ספ"א מהלכות א"ב דאם בא עלי' בעלה כהן לוקה משמע לכאורה דנאמן כוודאי מדלקי. ואולם הרמב"ם וודאי מיירי קודם שתייה דלאחר שתייה אינו נאמן לדעתו וא"א ללמוד ממנו לאחר שתייה לדעת התוס' ועכ"פ זה שכתב הנו"ב בסימן כ"ד דהיכא דאיכא רגלים לדבר ע"א נאמן אפילו נגד חזקה להתיר מדנאמן עד אחד על הטומאה לדעת הרמב"ם לפענ"ד וודאי ליתא דכיון דאחר השתייה אינו נאמן ורק קודם שתייה אם לא נתפס דברי המל"מ שכתבנו מ"מ מכין לומר דנאמן היכא דאיכא חזקה נגד העד דכיון דאסורה קודם שתייה ממילא אין לה חזקת היתר ואין לך לומר דכל רגלים לדבר מרעין החזקה דהרי אחר שתייה אינו נאמן וע"כ גזירת הכתוב היא כאן קודם שתייה. ולדעת התוספות אין לנו ראיה שיהיה כוודאי לקולא וכמ"ש ברגלים לדבר בלבד דאין ללמוד לקולא מדאורייתא מקינוי וסתירה כיון דראינו דצריכה חליצה ומבואר מדברי התוס' דמדאורייתא ויעויין ברמב"ם בפרק י"א מהלכות גירושין במגיד שם דס"ל שם גם בסוטה וודאי יש לאו וודאי ובסוטה ספק אינו כוודאי אע"ג דאיכא רגלים לדבר הדרן לקושיתא דלפענ"ד אחרי דקיי"ל דלא אזלינן בתר אומדנא בדיני ממונות ה"ה באיסור ערוה לא מיבעי' להרי"ף וסיעתו בסוגיא דעידי כיעור סוף פ"ב דיבמות אלא גם לשאלתות והעומדים בשיטתי' דמשוין כיעור כקינוי וסתירה הייכו להחמיר אבל לא להקל מן דין דאורייתא ולא מחומרא דרבנן בעלמא כדמשמע מדברי התוס' ביבמות דף י"א במגיד פי"א מהלכות גירושין ואע"ג שדבריו סתורים מ"מ דברי הרמב"ם שם הלכה י"ד דאיך שיפורשו עכ"פ מדכתב בוודאי טומאה לוקה ובספק מכות מרדות עכ"פ יש הפרש בין ספק לוודאי ורגלים לדבר לא חשיב כוודאי ואין להתיר לפ"ז על רגלים לדבר ולכאורה ה"ה לאומדנא אין לומר דמדאורייתא שרי והי' מקום לפרש בזה סוגיא דיבמות מאי דפליגי ר"ע ורבנן דר"ע בגיטין דף פ"ע ס"ל דאם אכלה גרגרה וכו' וישאו ויתנו בה מוזרות בלבנה תצא וריב"כ השיב עליו מג"ש דדבר דבר דבעי דבר ברור ומכלל דר"ע לא ס"ל למדרש ג"ש זו למעט דבר כעין רגלים לדבר אע"ג דנראה דכ"ע ס"ל דאין דבר שבערוה פחות משנים הייכו כשאין רגלים לדבר אבל כשיש רגלים לדבר לא ואפשר דיליף לה מקינוי וסתירה ועכ"פ כיון דחזינן דלר"ע מהני אומדנא לאסור עפ"י מוזרות בלבנה לכן כאן אומדנא דספר ומקלו ותרמילו וכיון דחזיתנהו ביה לכך ס"ל דאין ללמוד אשה המתכוונת להעיד מפונדקות ורבנן ס"ל כריב"כ וכדפסק רבא שם וכיון דאין אומדנא עיקר בדבר שבערוה ואפ"ה האמינו לפונדקות מפני שהוא כמסל"ת וכמ"ש התוס' וע"כ הקילו בעדות אשה א"כ אפילו אשה המתכוונת להעיד וישראלית נאמנת וכבר האריכו בזה הגאונים ומהר"ם לובלין בתשו' והג' בווישיין בצ"ל סי' מ"ב :

ועכ"פ בעניי לא ידעתי איך אפשר לדון עפ"י אומדנא

ואולם מהרא"י בכתבים סי' קל"ט בחדשו דין זה שהעתיק הרמ"א כתב כיון דבמים שאין להם סוף לא תצא אע"ג דהתם מיעוט שאינו מצוי הוא מ"מ הכא נמי כיון דנפיק קלא דלא פסיק שר"י מת ובעל שם היה ויש לו קרובים הרבה בכמה מדינות ובעו"ה עכשיו אנו מפוזרים מעט בכל מקום ואלו הי' חי ברחוק מאתים או שלש מאות פרסה הי' נודע לנו וכה"ג מקרי רובא דשכיח טובא ואעפ"י שאינו בא אלא מכח שמועה הוי כמו התם ספרא דדייני מגמר גמירי ורוב מלויין אצל שיטה מוצאין הן דאינהו נמי מכח שמועה קאתי וצירף לזה עוד הא דדייקא ומנסבא ובסוף צירף עוד אמירת הנכרי ועכ"פ כיון דמהרא"י ז"ל כתב דאומדנא שלו דמיא להתם ספרא דדייני ורוב מלויין כו' והכי אפי' בממון מהני כיון דמיעוטא דלא שכיח הוא ואין לערער עליו מכח דלא אזלינן בתר אומדנא דהוא ז"ל רוב גמור חשיב ליה דמהני ג"כ בממון כמ"ש הרשב"ם בב"ב על הך דר"א לשמואל ועכ"פ אם אין שם הגדת נכרי וקול דלא פסיק אין מבואר במהרא"י דלא תצא דהבו דלא לוסיף עלה וגם צריך לדקדק אם באנו להתיר מכח סברה זו אם הוא דומה ממש לאומדנא דמהרא"י האמנם שתה"ד בסי' קמ"א החמיר ותופס חשש שאלה לעיקר חשש וכתב שאין לצרפם לשאר אומדנות אמנם הוא מיירי באומדנות גרועות כמו חורי וסומקי וכדומה אבל בכיוצא בזה נראה דמודה והמצ"ע הוסיף דאם ידוע שהלך בדרך הזה ונאבד וא"כ נמצא אחד מת מדאורייתא תלינן דההולך שידענו שהלך בדרך ההיא מת וכבר כתב הנוב"י קמא דדברי המצ"ע והשב יעקב לאו דסמכא נינהו דהא בכל דרך שיירות מצויות וא"כ אין ספק שהלכו בדרך הזה הרבה ב"א ולמה נימא על ההרוג הנמצא שהוא פלוני ולא אחר יע"ש וראיית שב יעקב לפי דברינו הנ"ל נאבד מה שפלפל הנוב"י בזה בתשובה אחרת לפ"ד הנ"ל נסתר ג"כ דאין להביא משאר איסורין וטומאות לדבר שבערוה דבעינן דבר ברור ולרבה בב"מ דף כ"ב ע"ב מקום לא הוי סימן אע"ג דמלומלם המקום דאמרינן כי היכי דאתרמי לדידך האי מקום איתרמי נמי לחברך וה"ה כאן ראוים לומר כי היכא דאיתרמי להאי גברא שהלך בדרך ההיא איתרמי נמי לאחר ואע"ג דרבא ס"ל דהוי סימן דלמא דווקא באבידה דסגי בסימן בינוני לא בעדות אשה ועוד הרי נמצא בדרך עקלתון (אפשר גם להמצ"ע חיישנן) מ"מ אחרי שמורה אחד כבר כתב להתיר גם ומעכ"ת שלידד כן אף שלא החליט אומר כי בהצטרף כל הדברים דהיינו הודאות הרוצח האחד לפני הערכאות אף שהי' ע"י יסורים אם לאחר שפסקו לענותו עומד בהודאתו וגם השני שהגיד ע"י שאלה מ"מ כיון שהגיד על עצמו מעשה הרציחה והי' יודע כי עכ"פ ירע לעצמו בזה אף כי יש לחשוב שסמך על שהוא מחורי המדינה מ"מ אם נודע שרצה הי' יודע כי עכ"פ יאסרוה בכחשתים ונראה מדברי מהר"ם לובלין והנ"ב דכה"ג לא מיקרי מתכוין להעיד וגם החזיר צרור הכסף שלקח מאתו ומנעליו ומדוע ישיב אשר גזל מאיש אחר אם ידע כי האיש אשר נשאל לא הי' עמו וגם ידוע שהלך הנאבד עם הרוצחים בהצטרף כל אלה יתכן לדמות לדברי מהרא"י כיון שלא נשמע שאשר זולתו בעל האשה היא וא"כ אין כאן איסור תורה ואזי יש לסמוך מה שנמצא לבוש כמעט בכל הבגדים וגם הארבע כנפות של הנאבד ואף דלדברי התוס' בב"מ דף כ' ע"ב ד"ה איסורא ממונא לתירץ השני שכתבו דמדאורייתא לא חיישינן לשני יצ"ש רק מדרבנן לפ"ז מוכרח דס"ל דגם בדרבנן לא סמכינן באיסורא דא"א על סימנים מ"מ דהא ר"א משני דומיא דמתני' כגון דאמרי כתב יש בכד אות פלוני משום דמספקי' לי' אולי סימנין דרבנן וכן רבב"ח אמר דאם משום סימנים אהדרי נהלי' קסברי סימנים דאורייתא הרי לדעת התוס' לא אמרינן דמהני סימנין באיסור דרבנן גם הפ"י בגיטין כתב כן אף שיש לדחות ראייתו ואין להאריך בזה מ"מ לענין שאלה דכמה פוסקים ס"ל דלא חיישינן לשאולה והש"ך בח"מ סי' ס"ה הסכים כן ראויה עכ"פ באיסור דרבנן לסמוך עליהם ואולם דא עקא כי אם באנו לסמוך על הבגדים וכן על ארבע כנפות כמ"ש ומעכ"ת כי' עכ"פ צריך להיות סימן מובהק על הבגדים ובכל העדות אין כאן רק סימן גרוע כסימן חורי וסומקי רק דאפשר יש להעדים ט"ע בבגדיו ואז אפשר לסמוך על היתר זה ואף שהנוב"י חשש על

ע"ע בבגדיו אם ראו שנטבע בהן יש לחוש בדדמי אמרו וא"כ רק כאן כיון דאיכא קול שנאבד פלוני והגדת הרואים אפשר לחוש דאמר בדדמי יעו"ש בנוב"י קמא סי' מ"ג מ"מ הא מסיק דאם יש שנים המעידים אין לחוש וכן אם יש סימנים ואני בעניות דעתי הבאת דאין לחוש ועכ"פ על דברי הנוב"י אם יש שני עדים כנידון זה אם יאמרו שמכירין בט"ע אזי יש לסמוך להתיר אם יסכימו עוד שני חכמים מורי הוראה לאמרנו עיניכו ולפענ"ד הי' נכון להרחיב זמן ההיתר ולצוות עליה שתחקור אצל עוברי האורח העניים ההולכים אם לא שמעו מבעלה מאומה ואם אחר עבור זמן ידוע ישתקע שמו תנשא אם יסכימו המורים וה' יאיר עינינו בתורתו וישמרנו לבלתי נכשל בתורתו ויראתו :

דברי הקטן מאיר א"ש

סימן לג

בעז"הי סוגיא דסימנים בב"מ כ"ז :

גמרא אבעי' להו סימנים דאורייתא וכו' הקשה הפנ"י בכתובות דף י"ב ע"ב אמאי לריך כלל סימנים להחזיר אבידה לא מבעי' למ"ד ברי ושמא ברי עדיף אלא אפי' למאן דפליג היינו משום חזקת ממון אבל הכא באבידה ליכא למולא חזקת ממון ותירץ דשאני הכא דמלי למימר ליה דלאו מיניה נפל אלא מרובא דעלמא ואע"ג דאין הולכין בממון אחר הרוב היינו להוליא מן המוחזק מה שאין כן כאן דלא הוחזק ועוד דמ"ד ברי ושמא ברי עדיף ס"ל כמי דהולכין בממון אחר הרוב אלו דבריו ז"ל ולע"ע דהרי שם בעי למימר דהא דרב יהודה דשמואל היא אע"ג דשמואל ס"ל אין הולכין בממון אחר הרוב ורחוק לומר דאביי לא ידע הך דשמואל ס"ל אין הולכין בממון אחר הרוב וכיון שכן יקשה אמאי לריך סימנין ת"ל דברי ושמא ברי עדיף וא"ל כתירולו דאזלינן בתר רובא דעלמא דכיון דס"ל אין הולכין בממון אחר הרוב משום דאיכא חזקת ממון ומוכח דחזקת ממון אלים מרוב ומעתה ברי ושמא דאלים מחזקת ממון כ"ש דאלים מרוב . ואולם לפמ"ש התוס' בד"ה מה שמלה דלכך את"ל סימנים דרבנן מ"מ יש הפרש מן התורה בין דבר שיש בו סימן משום דאיכו מתייאש דהוא חושב שימלא עדים דאחרי שיאמר סימן לריך הוא להראותו לעדים אבל אם אין בו סימן לא ירלכה המוליא ולכך מתייאש וא"כ לכאורה בלא"ה נסתר קושית הפנ"י דבלא סימן אע"ג דאם ירלכה ויאמר כי יש לו טביעות עין בו שהוא שלו היה ראוי להחזיר לו מ"מ כיון שאין המוליא מחוייב להראותה הוא מתייאש וכמלא שאף אם ירלכה ויטעון ברי אין מחוייב להחזיר. ואולם לפי"ז עכ"פ למ"ד ברי ושמא ברי עדיף מחזירין אבדה בסימנים מד"ת דכיון דאיכו מתייאש שוב לריך הוא המוליא להחזירו מפני ברי שלו אלא דלענין איסור אין ללמוד היתכה כגון היכא דאין הלה טוען ברי או היכא דחשדינן ליה דמשקר. ולפי"ז סוגיין לא אזלא אליבא דמ"ד ברי ושמא ברי עדיף דלדידי אף את"ל סימנים דאורייתא לפ"ה אין ראיה להחזיר גט אשה בסימנים. ואולם לכאורה נראה דאף למ"ד ברי ושמא ברי עדיף מ"מ יש כ"מ דאם הבעל אבידה אין לו טב"ע בגוף אבידתו כגון כלי אכפוריא ויש לו סימן דמחזירין לו רק דעיקר קושית הפנ"י מהא דמוכח בכולי פרקין דא"מ דאין מחזירין בברי בלבד ובפרט מהך דדרשהו אם רמאי הוא . ולפענ"ד י"ל דהרי הא וודאי דאין קושיא על הא דא"מ דרשהו אם רמאי הוא אמאי דרשינן ליה אם רמאי הוא דהרי טוען ברי הוא דזה וודאי לא יקשה כלל כיון דגלי קרא רק דעיקר הקושיא כיון דגלי קרא הכא דברי לא מהני כילף מיניה ולפענ"ד י"ל דליכא למגמר מכאן לעלמא בפרט לפמ"ש הכה"ג בח"מ סימן כ"ה בשם מהר"י באסאן להקשות דאמאי אמרינן קים לי בממונא ומ"מ באיסור דלא אמרינן קים לי משום דמספק לא מלי עביד איסור והרי אף בממון איכא איסורא דלא תגזול ותירץ דשאני ממון דאם יקח חברו שלא כדין יעבור גם הוא על לא תגזול וממילא מוקמינן ממון בחזקתו. ומעתה יש לומר דעיקר סברת ר"ה ורב יודא דאמר ברי ושמא ברי עדיף היינו משום שהוא טוען ברי שיש לו ממון ביד חבירו וממלא אללו אין כאן איסור והוא טוען שמא והרי הוא בספק לא תגזול (ומ"ד ברי ושמא חזקת ממון עדיף גם הוא מסברא הוי אמר הכי אלא דגלי קרא מי בעל דברים יגש וכו' דמיניה ילפינן דהמע"ה ע"ש בפ"י דכתב להדיא דהא דכאיד תלמודן מהא דאתיא להמע"ה היינו למ"ד ברי ושמא ברי עדיף אבל לדידן מוקמינן קרא להמע"ה יע"ש) וזה דווקא כשהבעל דבר בפנינו ואומר שאינו יודע מפקינן מיניה כיון דקאי בספק לא תגזול והלה טוען ברי ואין ללמוד ממוליא מליאה דגלי קרא דרשהו אם רמאי הוא דשם אמרינן אף שהוא איכו טוען שמא אולי ליונים יבוא אחר ויטעון ברי דשלו הוא וכיון דהמוליא עכ"פ לעלמו איכו מחזוקו כיון שיש בו סימן (דאם אין בו סימן מתייאש הוא כמו שאמרנו תחלה ובאמת גם אם אין בו סימן שייך לומר כדבריכו דא"א להחזיר על ברי בלבד כמובן ורק שאין להאריך בזה כיון דבלא"ה כיחא כאמור) שוב אין ללמוד מכאן כי בעלמא ברי ושמא לא אזלינן בתר ברי כי יש הפרש רב ביניהם. ומעתה יתכן לומר דאף למ"ד ברי ושמא לאו ברי עדיף רק חזקת ממון כיון דמלד הסברא אמרינן ברי עדיף רק דגלי רחמנא מי בעל דברים יגש וכו' דהמע"ה מעתה איכא למימר דלא ילפינן רק לעוומת חזקת ממון דעדיף מרוב לא מהכי ברי אבל היכא דליכא חזקת ממון רק רוב בלבד מודה דאזליכ' בתר ברי. ולפי"ז נסתר תירולו של פנ"י שתירץ דלא מהדריכ' אבידה עפ"י טעכתו בלא סימכן משום דאזליכ' בתר רובא דעלמא דברי גם לדידיה עדיף מרובא רק הא דלא מהדריכ' עפ"י דבריו וברי שלו משום דגלי רחמנא דרשהו אם רמאי הוא והייכו דחייש' דלמא אתי אחר ויטעו' ברי שהוא שלו ובזה מתורץ קושית בעל המאור דלפי מאי דקאמרי' דרשהו בעדים ק א ל"ל דתובעים ומשלה כפקי. ולהכ"ל איצטריך דקד"א דאף בלי עדים יחזירו לו עפ"י ברי שלו קמ"ל :

שם למכ"מ לאהדורי גט אשה בסימנים הקשה הכודע ביהוד' תכייכא בשם אחנו הגאו' ז"ל דאף אי סימנים דאורייתא מכ"ל דמהדרינן גט אשה דלמא שאני אבידה דאין למולא שום חזקה משא"כ גט אשה דאתחזק איסורא דא"א. ולפענ"ד נראה דגם לגבי אבידה שייך לומר דמפקינן מחזקה עפ"י סימנין דהרי אם טוען טענת גנב באבידה ונשבע ובאו עדים אז משלם כפל ומבואר דאין משלם כ"א עפ"י שבועתם שהשביעו בב"ד כדאיתא בב"ק דף ק"ו. ומעתה אם לא היתה האבידה זו שלו פשיטא דלא שייך שבועה ואף אם נשבע שבועתו כמאן דליתא. ועכ"פ לטוען הלזה לא שייך כפל ולפי"ז אם טוענו אבדה שלי שיש בו סימנים אלו מלאתי והלה אומר לא מלאתי ונשבע ובאו עדים שאבידה זו שיש בו סימנים אלו מלא וודאי דמשלם תשלומי כפל הרי דמוליאין מחזקתו עפ"י סימנים :

ובזה כלפענ"ד ליישב דעת הרמב"ם שתמה עליו בים"ש ב"ק ריש פרק מרובה על שלא הביא הא דממעטינן שם דבר מסוייס משלמה ויש ליישב דבריו דהרי תמהו באמת את"ל דסימנים דאורייתא ותנא דמתני סימנים לאו כדי נסבא א"כ אמאי ילפינן משלמה שני דברים סימנים ותובעים מעתה יש לומר לפי מסקנא דמרובה דכל ריבויא היא וכל הכי פרטא דכתיבי גבי טוען טענת גנב כל חד למלתי' אתא כדמפרש התם ושמלה אתי לדבר מסוייס ופירש"י דהייכו דבר שיש בו סימן ותמהו התוס' דמה לי דבר שיש בו סימן או לאו לענין טוען ט"ג וראיתי בש"מ בב"ק שם שכתב הרמ"ה בשם גדולי המפורשים דקאי למעט אבידה שאין לבעלים בה סימן שהטוען בה טענת גנב פטור מכפל עכ"ל ועדיין הדבר ל"ע דקרא למה לי מאחר שאין בו סימן ולא מחייב לאהדורי לי' כלל מהי תיתי שיתחייב כפל ואולם נראה דסוגיין דב"ק סובר סימנים דאורייתא וס"ל ג"כ דאין ללמוד שני דברים משמלה דכתיב גבי אבידה אלא אי ילפינן מיניה יאוש א"א ללמוד סימנים וכן אפשר לומר להיפך דקרא לסימנים אתא דהייכו שאף שאין להבעל אבידה שום ראיה רק שיודע סימניו מחזירין לו מעתה כיון דלא שמעכו יאוש ומשמלה אז היה מחזירין בסימנים מבלי עדים וכן היה מחזירין

בעדים אף מבלי סימנין דהרי לא ידענו יאוש דמהני ואז ה"ה אם מצא אבידה שאין בו סימן והלה טוען שהוא שלו ונשבע ואח"כ באו עדים היה חייב בכפל ולזה הוצרך שלמה בטוען ט"ג להורות דפטור באין בו סימן וע"כ יאוש קונה ועכ"פ הוצרכו שתי המקראות ולפ"ז אם הרמב"ם גם הוא מפרש כן לא הוצרך להביא דבר שאינו מסויים בטוען ט"ג כי כבר מבואר במקומו בה"ל אבידה שאין מחזירין אבידה בלא סימן והיאוש קונה ואין חידוש בטוען ט"ג :

אמנם תמהו עוד המפרשים בהא דקאמר דאי סימנים דאורייתא מחזירין גט אשה בסימנים דהרי ממונא מאיסורא לא ילפינן וכדפריך לעיל סוף פ"ק (ועיין בהגהות מרדכי) והפ"י רצה לומר דהא דקאמר דמהדרינן גט אשה בסימנים את"ל סימנים דאורייתא היינו משום דמדאורייתא לא חיישינן לשני יצ"ש וילא מזה דאת"ל סימנין דרבנן אפילו בדרבנן לא סמכינן אסימנים וכ"כ הפ"י בגטין בסוגיא דשיירות מלויות וכתב שם להכריח כן דהרי בבכורות דף מ"ז ע"א קאמר לחד שינויא דמדאורייתא סגי להכרה פדחת בלבד ומדרבנן אצרכו פרצוף פנים עם החוטם ואפ"ה קתני במתני' דיבמות אין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם אע"פ שיש סימנים בגופו ובכליו. דמבואר דכל שאין שם חוטם ג"כ אע"פ שיש פרצוף פנים וסימנים בגופו לא מהני אע"כ כל שיש לחוש דאתי לבוא לידי איסור תורה לא סמכינן אסימנים את"ל דסימנים דרבנן יעיי"ש. והנה באמת יש בתשובות אחרונים שסומכין בדרבנן על סימנים והביאו ראיה מתשובת הרא"ש כלל ג' שהקשה על הרמב"ם דס"ל ששני מינים טמאים אין בהכהגתם ביחד רק איסור דרבנן דא"כ איך מוכיח מדברי אבא דאמר כי מעיילת ליה עייל ליה הנך דדמי לאהדדי דס"ל סימנים דאורייתא דלמא סימנים דרבנן ומש"ה סמך ר"א על סימנים משום דאינו אסור רק מדרבנן ובאמת לפמ"ש הפ"י אין ראיה מתשובת הרא"ש כ"כ דהוא כתב שם בגטין דכל שאיסורו מה"ת לא סמכינן על סימנים אע"ג דהחשש הוא מדרבנן דלמא אתי למסמך עלה בדאורייתא וממילא אין סתירה מדברי הרא"ש דהתם איסורו רק מדרבנן והפ"י לא קאמר רק היכא דעיקר איסורו מדאורייתא והחשש דרבנן ואולם האחרונים שסמכו על כך בעדות אשה מכח דברי הרא"ש בתשובה ע"כ לא חילקו בכך ולדידהו קשה קושית הפ"י. ורציתי לומר דגם לדברי הרא"ש את"ל דסימנים דרבנן לא סמכינן על סימנין באיסור דרבנן. וקושית הרא"ש על הרמב"ם הוא דאם היו שני מינים הטמאים מדרבנן איך מוכח דר"א ס"ל סימנים דאורייתא דלמא מספקא ליה כרב אשי ולכך סמיך עליה בדרבנן משום דספקא דרבנן לקולא ואולי סימנים ד"ת. ולפ"ז אפשר דאפילו באיסורי דאורייתא כיון דחששא דרבנן הוא אפשר דמקלינן וסמכינן על סימנים גם לדברי הפ"י דס"ל דאת"ל סימנים דרבנן לא סמכינן באיסורי ד"ת אף דהחששא דרבנן מ"מ אכן דמספקא לן אית לן להקל בדרבנן דאולי הלכה סימנים דאורייתא ואולם לשון הרא"ש בתשובה משמע להדיא דס"ל באיסור דרבנן סומכין על סימנין אף את"ל סימנים דרבנן יע"ש (ועוד לדברינו עדיין יקשה קצת מדברי הרא"ש בתשובה למ"ש המג"א בסימן יו"ד ס"ק י"א דאין לעשות איסור דרבנן לכתחלה וא"כ איך יעייל לכתחלה ויסמוך על סימנים מטעם ספק) רק דעיקר ראיית הפ"י תמוה במ"ש שאם נאמר דבדרבנן סומכין על סימני' יקשה לסוגי' דבכורות דבעי למימר דמדרבנן בעי פרצוף פנים עם החוטם ואפ"ה קתני דאין מעידין אעפ"י שיש סימנים בגופו וכליו דהרי איכא למימר להך ליטנא דסימנים דמתני' היינו ארוך וגוץ וכליו בחורי וסומקי וכן מה שהקשה מסוגיא דגיטין דמוקי רב אשי דווקא משום נקב יש בו בצד אות פלוני דס"ל סימן מובהק אבל נקב בעלמא לא והכריח מזה דאפילו בדרבנן לא סמכינן אסימנים אמצעים משום דס"ל דאפילו בשיירות מלויות והוחזקו לא הוי רק חששא דרבנן אינו מוכרח כלל ומלשון התוס' לעיל דף כ' ע"ב ד"ה איסורא שכתב דמדאורייתא לא חיישינן לשני יצ"ש וכו' משמע דאם הוחזקו יש לחוש מדאורייתא ואולם סוגיין דקאמרינן כ"מ לאהדורי גט אשה צריך ביאור דאם גם אם סימנין דרבנן סמכי' בדרבנן אפילו בא"א וצריך לומר דהכ"מ היכא דאיכא חששא דאורייתא היינו בהוחזקו ושמ"ל א"כ גם אי סימנים דאורייתא מכלן דסמכי' באיסורא וכדפריך לעיל היכא פשיט איסורא ממונא. ולפע"ד יתכן לומר דאמרי' דמדאורייתא אין לחלק בהא בין איסורא לממונא וכמ"ש בהג"ה מר"ד א"כ מהי תיתי דכבדה מעלמנו חששא שלא אמרו חכמים ואם סימנים דאורייתא לא מבינו דחשו חכמים כלל דאיתרמי סימן כסימן ואתאי כמציא מעלמנו שנחוש לזה והא דפריך לעיל היכא פשיט מר איסורא מממונא היינו משום דמתני' סתמא קתני בגטין המוציא כו' מצאו לאלתר כשר ואם לאו פסול דמשמע כל שלא מצאו לאלתר פסול ודי לנו שנאמר דמתניתין מיירי בהוחזקו או בשמ"ל דזהו בכלל לאלתר אבל שנאמר דאף בשמ"ל מחזירין כל שלא הוחזקו כל שאין לנו ראיה חזקה אין לנו להוציא מתניתין מפשטי' ולכך באמת קאמר רב הונא חוששין לשני שוירי ורבה דפשיט ממתני' דכל מעשה ב"ד דמחזירין אף בשמ"ל כל שלא הוחזקו אקשי ליה ר' עמרם שפיר היכא פשיט מר איסורא מממונא עיקר קושיתו דמכח מתני' דכל מעשה ב"ד אין לך להוציא מתני' דהמביא גט מפשטי' אחרי שמצינו דלפעמים החמירו באיסור מממון כמו במשאל"ם אולי גם זה כאחד מהם אבל מן הסתם אין לחלק בין איסור לממון ואולי זה כוונת הסגהות מרדכי שהתחיל להקשות מסוגיא דלעיל ומסוגיא דכתובות וקידושין ובתירוצו לא כתב לתרץ רק הך דקידושין וכתובות יע"ש וצ"ע בכל זה :

שם נמצא ת"ש חמור בסימני אוכף וכו' הנה לפי מה שכ' התוס' לעיל למ"ד סימנים דרבנן הא דמהדרינן אבידה שיש בה סימן ומכריזין עליה ואין מכריזין על אבידה שאין בה סימן משום דאבידה שאין בה סימן מתייאש ממנה שהוא חושב שלא ימצא עדים ועוד דאין צריך המוציא להראותה לו משא"כ אם יש בה סימן צריך הוא להראותה ואינו מתייאש ממנה וא"כ יש להקשות מאי פריך מברייתא דחמור בסימני אוכף דלמא הכי קאמר דאיצטריך חמור אע"ג דאין לו סימן בגוף החמור אפ"ה אם יש לו רק סימן באוכף ואפ"ה הוא חייב עכ"פ להראות את החמור ולא מתיאש אף מן החמור רק דהא ליתא כיון דעכ"פ צריך הוא לאוקמיה ברייתא בעדים דהיינו לדברינו שיבואו עדים ויעידו לו על החמור א"כ מאי דוחקא לאוקמיה בהכי. ואם משום דלא צריך לשבש הברייתא מ"מ יקשה על הברייתא גופא אמאי מוקי בהכי ולא כפשטיה בעדי אוכף. ואולם ארווח לן דבזה מיושב מה שהקשו על הבית יוסף בתשובותיו בשם הריטב"א דס"ל דאם אמרינן סימנים דרבנן חיישי' לשאלה אף בכלים דלא מושלי איכשי וא"כ חמור דקרא במאי מוקמינן ולהכ"ל ניחא דוודאי מעיקרא דלא אסיק כלל אדעתיה דחיישי' לשאלה הוי מוקמינן בעידי אוכף אבל לבסוף דמסיק דחיישי' לשאלה אזי מוקמינן הך דחמור בסימני אוכף להורות דאם יש רק סימן באוכף בלבד אפ"ה צריך להראותו לו ולכך אינו מתיאש ואם יביא עדים על החמור עצמו מחזירין לו רק דלפ"ז לכאורה צריך לומר דאת"ל דחיישי' לשאלה אזי בדבר העשוי לשאול אפילו להראות אינו צריך דאל"כ מאי פריך חמור בסימני אוכף היכא מהדרינן והיינו מן התורה וכמ"ש התוספות דאמאי לא מוקי לה באמת כדאמרן אע"כ דאם חיישינן לשאלה אזי אפי' להראותו אינו צריך. ואולם לפמ"ש הנו"בי דהך סברא שכתב התוס' דאינו מתיאש מפני הסימן אע"פ שאין מחזירין על ידו ה"ד את"ל סימנין דרבנן. אבל למ"ד סימנים דאורייתא ל"ל הא סברא עיי"ש בנה"ת חלק אהע"ז סי' ס' בד"ה ואמנם בחיבורי ניחא כמובן דהתם קיימינן למ"ד סימנים דאורייתא ובזה מיושב מה שדקדקו אמאי מקשה לקמן חמור בסימני אוכף היכא מהדרי' דהרי אף בעדי אוכף. ואולם להכ"ל ניחא דדווקא למ"ד סימנים דאורייתא קשיא דלדידיה כולי קרא לסימנים ומ"ל דכל שאין מחזירין ע"י מתייאש בעל האבידה ולכך יקשה חמור בסימני אוכף. אבל למ"ד סימנים דרבנן איכא למימר באמת לא מהדרי' חמור בסימני אוכף אבל למ"ד סימנים דרבנן איכא למימר באמת לא מהדרינן חמור בסימני אוכף בלבד וקרא אתי להורות שאינו מתיאש לפי שצריך להראותו לו אפילו ע"י סימני

אוכף והיינו דנקט המקשן לקמן בקושייתו חמור בסימני אוכף וכו' ויותר יש ליישב דברי הב"י והריטב"א ויתיישב ג"כ מה שתמהו על טוש"ע כי בסימן י"ז לא הביא דמתירין עגונה ע"י כלים דלא מוחזקי אינשי ובסימן קל"ב כתב דמחזירין הגט ע"י כיס וארנקי מפני דלא משאלי אינשי. ונלפענ"ד ליישב כל זה דהנה הרא"ד לפי מה שכתב הרהמ"ג דלרמאי אפילו ע"פ סימן מובהק אין מחזירין לו. ונראה לפענ"ד דסברתו כי הוא סובר דהכי דאת"ל סימנין דרבנן הא דלא מחזירין על פי סימנים הטעם רק כי אומרים אף שהוא מכוון סימני האבידה ונאבד לו חפץ כזה שיש בו סימנים כאלה מ"מ אולי גם לאחר נאבד כלי כזה ואיתרמי סימן כסימן ולזה בסימן מובהק דהיינו שלא ימצא אחד מני אלף דליכא למיחש אולי איתרמי סימן כמותו בחפץ אחר היה ראוי להחזיר. אבל אין לחוש שמא לא נאבד לו שום דבר ואיתרמי שידע זה הסימן או כוון לו מאליו אפילו בסימן אמצעי כי אמירתו הסימן טרם ראותו אותו היא הוכחה ברורה אפילו בסימן אמצעי שנאבד לו חפץ כזה וכח הוכחה הלזו ככח סימן מובהק לענין חשש שמא איתרמי והרי הקשו הראשונים דאם חיישי' לשאלה אמאי לא נחוש למכירה וכי"ב וא"כ איך מחזירין אפילו למ"ד סימנים דאורייתא ע"י סימן ותירצו דמנא ידע הלה שנאבד לו ההפץ שמוכר דבשלמא בשאלה איכא למימר כי תבע את החפץ מן השואל ועי"כ נודע לו שנאבד. אבל במכירה ליכא למימר הכי עיין בש"מ. ומעתה את"ל דמהדרי' ע"י סימן מובהק את"ל דסימנים דרבנן. ע"כ מוכרח דסברא זו מנין ידע זה שהכלי שיש בו סימן הלזה נאבד הוא הוכחה ברורה כמו סימן מובהק דאל"כ איך מחזירין ע"י סימן מובהק מפני ריחוק מציאתו והרי יש לחוש למכירה ואז אין ידיעתו הסימן הוכחה כלל כיון שכבר היה שלו אע"כ כדאמרן שזהו הוכחה ברורה דאם לא היה שלו לא היה יודע שנאבד ולכך שפיר קאמר הרא"ד דכיון דאין מחזירין לרמאי בסימן אמצעי אף ע"י סימן מובהק אין מחזירין דאם היה מחזירין לו ע"י סימן מובהק יען הוא הוכחה ברורה היה ראוי להחזיר לו אף בסי' אמצעי דהרי פשוט דלא חיישי' ברמאי יותר לאתרמי דהיינו שאמר שנאבד לו באמת חפץ כזה דהרי אז לא היה רמאי כלל רק דעיקר חששא הוא אולי לא נאבד כלל שום כלי וברמאותו הוא חפץ להוציא את אבידה שלא נאבד ממנו וא"כ מנין ידע את סימניו ואם אף על פי כן גלי רחמנא מקרא דעיקר דרוש אחיך דחיישי' מפני שרמאי הוא אף שהוא הוכחה ברורה כמו סי' מובהק לחשש איתרמי ממילא דה"ה והוא הטעם דה"א להחזיר לו בסימן מובהק ואולי לזה פירש"י על הא דכ"מ לאהדורי גט אשה בשליח המביא הגט ואבד ולא פי' באשה מבקשת גט הכמנא משום דסובר הוא ז"ל דבכה"ג אקילו את"ל סימנים לאו דאורייתא היה ראוי להחמיר לה דהרי מדכוונה ואמרה סימנים בגט ע"כ שפעם אחת היה גט כזה בידה דאל"כ מנא ידעה לאמר שגט עם סי' פלוני הוא וע"כ שהיה בידה גט כזה וא"כ אף אם אולי איתרמי שגט אחר הוא הנמצא מ"מ היה ראוי להחזירה לו כי אין כאן חשש איסור שזה הוכחה ברורה לענין חשש דמשקרה. (ואולם לפ"ז מוכרח דדעת הרי"ף והרא"ש גם שניהם במחלוקתם לקמן הוא אומרת סימני הגט וכו' דל"ל סברא זו דאמרן וכמובן) וברא"ש לדעת הטור מבואר יותר דהוא סובר דלרמאי מחזירין בסימן מובהק אף על פי שאין מחזירין בסימן אמצעי ואולם להרא"ד וסיעתו איכא למימר כסברתנו דלעיל:

והנה החלקת מחוקק כתב דלדעת הב"י בתשובה אם סימנים דרבנן חיישי' גם למכירה ולאבידה והכוב"י דחה דבריו דא"כ איך משני גמר' דהכי כלים לא מושלי אינשי מ"מ ניחוש לגניבה ואבידה. ולפע"ד דאם כאמר כדברינו דלעיל אז בדברי הח"מ כמעט סרו כל הקושיות בדברי הריטב"א והב"י כי לפי"מ שמצאתי בכוב"י מה"ת בחאע"ה סימן ס' שהעתיק לשון הב"י בתשובה לא מצאתי שם כי כתב בפירוש שטעמא דס"ל דחיישי' לשאלה אף בכלים דלא מושלי אינשי את"ל דסימנים דרבנן הוא מפני דחיישינן דילמא מיקרי ושאיל וכמ"ש האחרונים ז"ל בשמו כי לא כתב רק דלא הוי סימן ולא פירש טעמו ומעתה יתכן דודאי גם הוא מודי דבכלים דלא מושלי אינשי לא חיישי' דלמא השאיל אפילו אם סימנין דרבנן ורק עיקר החשש אולי מכר או נגנב או נאבד ולכך לא כתבו שום אחד מן הראשונים אפילו הטור בסי' י"ז דמתירין אם נמצא אצל ההרוג כלים דלא מושלי אינשי משום דס"ל אע"ג דלא מושלי אינשי וליכא למיחש לשאלה כלל מ"מ אולי נגנב או נאבד ומצאו אחר והוא הוא המת ולא הביאו הטור רק לענין גט או במצאו הוא עלמו וכאמן מטעם ממגו או במצאו אחר והוא אומר סימן זה שהכיר קשור בארנקי דאז ליכא למיחש לשאלה כדבעינן למימר לקמן בעזה"י וממילא מיושב קושי' הכ"ל על הב"י מחמור בסימני אוכף דכיון שאמרנו דגם להב"י לא חיישי' לשאלה במידי דלא מושלי אינשי ורק עיקר החשש אולי מכר האוכף וא"כ איכא למימר דהריטב"א ס"ל כמו שכתבנו אליבא דהרא"ד דזה שהוא מכוון ויודע סימן שיש בכלי הלזה הוא הוכחה ברורה כמו סימן מובהק שלא מכוון ולשאלה ליכא למיחש כיון דלא מושלי אינשי ומעתה לפי מה דחיישינן לשאלה מהדרינן חמור בסימן מובהק שיש באוכף את"ל סימנים דרבנן דאז ליכא למיחש למידי:

שם ת"ש והיה עמך עד וכו' מאי לאו בסימנים לא בעדים ופירש"י יביא עדים שהוא שלו והקשה המאור דת"ל ומשנה ואולם נראה דדעת רש"י דקרא אתי להורות דבעי דווקא עדים דאל"כ אף בסימן מובהק לא מהדרי' ולא משום דחיישינן דלמא איתרמי סימן כסימן רק דחיישי' דלמא נודע לו סימן מפני שהיתה תחלה שלו וכ"כ הפ"י רק שהוא כ"כ רק ברמאי ובאמת יש מקום לומר דאפילו בסתם ב"א לתירץ שני של התוס' בד"ה דרשהו ג"כ חיישי' דאולי רמאי הוא ואין מחזירין לו בשום סימן. ובזה קרה קושי' המהרש"א בגיטין שהקשה על תוספות שכתבו דלאת"ל סימנים דרבנן הא דמחזירין אבידה היינו בעדים ותמה המהרש"א דאולי בסימן מובהק דמוכח שם דאף אם סימנים דרבנן סמכינן על סימן מובהק. ולהכ"ל ניחא דאף דגם אם סימנים דרבנן וחיישי' דלמא אתרמי בסימן מובהק ליכא למיחש לאתרמי ומתירין עגונה ומחזירין בגט ע"י סימן מובהק מ"מ אבידה אין מחזירין כ"א בעדים מעד דרוש אחיך מיהא בלא"ה יש לתמוה על קושי' המהרש"א דהתוס' בלאו הכי יש לומר רק דמחזיר עפ"י עדים אע"פ שאין שם סימן מובהק. והוא הקדמה לקושייהם. אח"כ שהקשה שם מנ"כ. אם מתיאש כשאין בו סימן אף כשיש בו סימן כיון שאין מחזירין ע"י מתיאש וכו' כמבואר שם והרי זה ודאי מוכרח דמחזירין אבידה שאין בו סימן מובהק ע"י עדים כמבואר בסוגיין דמשני בעדים ומיירי וודאי בשאין לו סימן מובהק דאל"כ אין צורך לעדים וממילא קשה קושי' התוס' ואפשר כי לזה כיון הב"י בסימן י"ז שכתב דבכלל דבריהם סימן מובהק דדבריו סתומים קצת ולהכ"ל ניחא דהתוס' לא באו לשלול סימן מובהק רק לרבות עדים:

שם ת"ש אין מעידין אלא על פרצוף וכו' ובתוספות ד"ה אלא הנה כבר נתעוררו המפרשים על שינוי הגרסאות אשר בין סוגין וסוגי' דיבמות דף ק"כ ואולם בסוגי' דיבמות גופא תמוה דמעיקרא רמי מתני' אברייתא ואוקמוה אביי כתנאי ורבא אמר או דכ"ע סימנים דאורייתא או דכ"ע סימנים דרבנן ואמרינן להך ליסנא דסימנים דאורייתא הא קתני אעפ"י שיש סימנים בגופו ובכליו ומשני והקשו תוס' להך ליסנא דסימנים דרבנן איך מתרץ הברייתא וכתב דהשתא מוקמינן דהוא גופא מלאו או דכיס וארנקי סימן מובהק חשוב והוא תמוה איך יסתום תלמודן דמעיקרא רמי מברייתא משום דהיה סובר דמיירי באחר שמלאו ואם אח"כ חוזר בו אמאי לא קאמר להדי' הכי וכבר עמד בזה הגאון בעל מג"ש בתשובות ג"ב עוד הקשה דאם הסימן הוא שהוא קשור בכיס וארנקי איך מקשו שם וניחוש לשאלה על הך ברייתא דמלאו קשור בכיס וכו' ואולם קושי' זו כבר המתיק רש"י בלחות לשונו שכתב דניחוש שמא השאילו לאחר והוא קשר בו גט זה והחזירו לזה ושכח בו הגט כמלא שאין ראיה ממה שידע דהגט קשור בכיס דהוא שלו אחרי שהיה בידו לפני האבידה קשור בכיס ובזה נעמוד על כוונת התוס' ביבמות במה שתירצו

הברייתא

הברייתא למ"ד סימנים דרבנן ובפרט לדעת הב"ש וסיעתו דס"ל דזה שכתבו התוס' דלמסקנא לא חיישינן לשאלה דמשמע מדבריהם דכל שאין לנו הכרח לחוש לשאלה לא חיישינן ה"ד אי סימנין ד"ת אבל אם סימנין דרבנן אזי מצד הסברא חיישינן לשאלה ומיהו ה"ד בכלים דמשאלי אינשי אבל בכלים דלא משאלי אינשי אף אם סימנים דרבנן לא חיישי' לשאלה לפ"ז הסוגי' מבואר היטב דהרי כתב מהרש"א שם לפרש מ"ש התוס' שם בד"ה מצאו קשור בכיס ולהכי נקט כיס וארנקי דאם איירי שיש לו טב"ע או סימן בכיס וארנקי יש כיס וארנקי דנקט מה לי שיש לו ט"ע או סי' בגט או בכיס וארנקי אע"כ דהסימן הוא זה גופי' שהוא קשור בכיס וארנקי ולפי"ז ניחא דמעיקרא היה סובר דאין חילוק בין כיס וארנקי לשאר כלים והיה סובר דאם סימנים דרבנן וודאי חיישינן לשאלה אבל אם סימנים דאורייתא לא חיישינן לשאלה וא"כ פריך שפיר דממתני' מוכרח דסימנים לאו דאורייתא ומברייתא מוכרח דסימני' דאורייתא כיון דע"כ איירי שמצאו אחר דאם מצאו הוא עצמו ממ"נ אם איירי שיודע שלא השאילו לאחר וכיון דהוא עצמו מצאו נאמן א"כ פשיטא ואם להשמיענו היא גופא דנאמן במגו א"כ מ"ש כיס וארנקי דנקט ואם איירי שאינו יודע אם השאילו לאחר א"כ מדלא חיישינן לשאלה ע"כ מוכרח דסימנים דאורייתא אע"כ דמיירי דאחר מצאו והסימן הוא שהוא קשור בכיס וארנקי וא"כ מוכח דסימני' דאור' ואין לומר דזה שהוא קשור בכיס וארנקי הוא סימן מובהק כיון דאחר מצאו ואיכא למיחש לשאלה כמ"ש רש"י א"כ עכ"פ לא הוי סימן מובהק דאת"ל סימנים דרבנן וודאי חיישינן לשאלה ורבה אביי לאוקמי כתנאי ורבא ס"ל דתנאי לא פליגי בסימנים וכ"ע ס"ל סימנים דאורייתא או דלכ"ע דרבנן ופריך להך ליסנא דלכ"ע דאורייתא ממתני' ואידם לו דחיישינן לשאלה והא דמחזירינן גט בכיס וארנקי משום דלא משאלי אינשי מעתה שוב לא הוצרך לפרש למ"ד סימני' דרבנן איך יתרץ הברייתא דעתה פשיטא דאיכא למימר דהוא עצמו מצאו או דכיס וארנקי סימן מובהק כמ"ש התוס' דהרי כל עיקר הקושי' מברייתא היה משום דהיה סובר דע"כ איירי במצאו אחר והוא נותן סימן שהוא קשור בכיס שאם הוא עצמו מצאו ק' ממ"נ כאמור ומעתה איכא למימר דהוא עצמו מצאו ואינו יודע אם השאילו לאחר רק דמכיר הכיס בט"ע והיינו דנקט כיס וארנקי משום דבהכי לא חיישינן לשאלה והיא גופא קמ"ל לתי' התוס' הא' וכן איכא למימר דאחר מצאו וכיס וארנקי הוי סימן מובהק דמעיקרא היה ס"ל דכיס וארנקי משאלי אינשי ואיכא חשש דשאלה כפירש"י וממילא מוכרח דסימנים דאורייתא אבל עתה דמסקי דכיס וארנקי לא משאלי אינשי ממילא איכא למימר דהוי סימן מובהק :

אבל ל"ע לפמ"ש התוס' לעיל דף כ"ד ע"א בד"ה ומודה ר"ש דמדקאמר ומודה ר"ש משמע דלרבנן אפילו לא שבעתן עין חייב להכריז וכ"מ דרבב"ח דאמר אי טב"ע אית לי בגווי' וגט לא שבעתן עין עכ"ל מבואר מדבריהם דאפילו השליח אין לו בגט רק טב"ע כעין כלי אכפורי' דאל"כ לא הוכיחו כלום דדלמא רבב"ח שליח הוי כפרש"י באמת אע"כ דס"ל דמן הסתם גם להשליח אין לו טב"ע בגט רק כוונת הט"ע של כלי אכפורי' לפ"ז הדרא קושי' תוס' ביבמות לדוכתיה דלמא איירי שהוא עצמו מצאו ויש לו טב"ע בכיס וארנקי וקמ"ל כיון דהוא עצמו מצאו נאמן וא"ל כדברי מהרש"א שם דא"כ אמאי נקט כיס וארנקי לינקוט שיש לו טב"ע בגט גופי' ז"א דאיכא למימר דברייתא בעי למנקט אפילו לרשב"א דפליג התם ברישא דברייתא דלא מהני טב"ע בגט דהוי כלי אכפורי' אפ"ה מחזירין ולכך נקט כיס וארנקי וצ"ע לכאורה — ואפשר לומר דהכא יש לעיין דמבואר מדברי התוס' דלרשב"א דס"ל כלי אכפורי' אין חייב להכריז הטעם מפני כי כלים שלא שבעתן העין אף אם יאמר הת"ח שיש לו בהם טב"ע לא מהני מפני דאמרינן דאמר בדדמי ולזה הכריחו שפיר מהך דרבב"ח דפליגי רבנן עליה דרשב"א וכן נראה מדברי הרשב"א והר"ן בפג"ה בסוגי' דבשמה"ע יע"ש וצ"ע מנין להם לרבותנו דבר זה דלמא וודאי אם עומד לפנינו ואומר שיש לו טב"ע מהימנין ליה ולא חיישי' דאמר בדדמי והא דכלי אכפורי' אינו חייב להכריז היינו משום דס"ל לרשב"א דסתמא דמילתא אמרי' דאין לבעליו בכלי אכפורי' טב"ע ולכך אינו חייב להכריז משום יאוש בעלים דאף אם יקרה שיש לזה טב"ע הוא מתיאש אבל גבי גט ע"י שליח ליכא משום יאוש ולכך מהדרי' אפילו לרשב"א הגט לת"ח אם אומר שמכירו בט"ע והיה מקום לומר מדסתם רשב"א ואמר כלי אכפורי' אין חייב להכריז ומי לא עסקינן דמצא כלי אכפורי' מיד לאחר הנפילה טרם ידעו בעליו שאבדו ואזי אם היה מציאות טב"ע רק דמפני יאוש בעלים אינו חייב להכריז הרי בכה"ג לא מהני יאוש דהוי יאוש שלא מדעת :

ואולם יתכן לומר לפי מאי דבעי לעיל אם הא דאמר רשב"א המוציא בסרטיא וכו' ובכל מקום שהרבים מצויים שם הרי אלו שלו. אם איירי ברוב ישראל או ברוב נכרים דווקא ואת"ל אפי' ברוב ישראל אי פליגי רבנן עלה ואיך פליגי אם ברוב ישראל או אפי' ברוב נכרים ולפ"ז איכא למימר דזה פשיטא לתלמודא דאף אם יש בכלי אכפורי' טב"ע מ"מ כמה אינשי לית בהו ט"ע מעתה וודאי את"ל דפליגי רבנן ורשב"א דלמר היכא דרבים מצויין שם אפילו רוב ישראל הרי אלו שלו ולרבנן בכל ענין חייב להכריז באמת איכא למימר דאף לרשב"א כלי אכפוריא יש בו טב"ע רק דרובא אין בו ט"ע ורשב"א לטעמי' דאזיל באבידה בתר רובא ולכך הרי אלו שלו ולרבנן לא אזלינן באבידה בתר רובא ולכך חייב להכריז אבל את"ל דלא פליגי רבנן ורשב"א בהא וגם לרשב"א היכא דאיכא רובא ישראל חייב להכריז א"כ א"א לומר דלרשב"א ג"כ כלי אכפורי' יש בו טב"ע דאם כן אמאי אינו חייב להכריז אע"כ דבהא פליגי דלרשב"א לא שייך כלל טב"ע בכלי אכפורי' ולרבנן שייך טב"ע בהו ולפ"ז איכא למימר דבהא פליגי סוגי' דיבמות וסוגי' דידן דסוגי' דיבמות ס"ל דלכ"ע גם לרשב"א איכא טב"ע בגט וא"כ הוכיח שפיר דמיירי דאחר מצאו דא"ל דהוא מצאו ויש לו טב"ע בכיס וארנקי א"כ מ"ש כיס וארנקי דנקט דהרי אף לרשב"א מהני טב"ע בגט וא"כ דאחר מצאו ומהדרינן לי' ע"י סימן א"כ ע"כ מוכרח דסימנים דאורייתא אבל סוגיין סברי דלרשב"א לא שייך טב"ע בכלי אכפורי' א"כ אין הכרח דאחר מצאו ואיכא למימר דהוא מצאו ויש לו טב"ע בכיס וארנקי והא דלא נקט דיש לו טב"ע בגט משום דאתי' כרשב"א דלא מהני טב"ע בגט גופא וא"כ סימנים דאורייתא ליכא לאוכוחי מהכא אבל מ"מ הוכיח דלא חיישינן לשאלה משום דהוי ס"ל דע"כ איירי דלא ידע אם השאילו לאחר דאם ידע דלא השאילו לאחר פשיטא דמהימן ומתני' היא מצאו בחפיסה וכו' אם מכירו כבר וכיון דלא ידע אם השאילו לאחר פריך שפיר אמאי לא חיישינן לשאלה ולפ"ז צריך לומר דסוגיין סובר דאף את"ל סימנין דרבנן לא חיישינן לשאלה עכ"פ לפי מאי דסלקא אדעתין מעיקרא וכסברת מהר"ל מפראג ועיין מה שכתוב לקמן בס"ד :

ולפמ"ש למעלה דאיכא למימר בדרבנן אף אם סימנים דרבנן סמכינן עליה גם באיסור א"א יש ליישב בפשיטות מחלוקת הסוגיות דהרי יש להקשות לשיטה זו מאי רמי ביבמות מתני' אברייתא לא מבעיא לדעת הפנ"י דס"ל דאפילו בהוחזקו ושיירות מצויות הוי דרבנן בוודאי יש להקשות מאי רמי מתני' מברייתא דלמא מתני' דהוי איסור א"א דאורייתא לא אזלי' בתר סימנין מה שא"כ בגט דהוי רק חששא דרבנן אזלי' בתר סימנין רק דאפילו כאמר כמו שכתב לעיל דהוחזקו ושמ"ל הוי דאורייתא מ"מ מנ"ל דברייתא איירי בהוחזקו ושיירות מצויות דלמא איירי הברייתא בשמ"ל לחוד דהוי רק דרבנן ואולם לרבה דס"ל דבשמ"ל לחוד או בהוחזקו לחוד מחזירין פריך שפיר דע"כ איירי דאיכא תרווייהו וכן להך ליסנא בבכורות דף מ"ו דמדאו' פרצוף פנים לחוד סגי ורק מדרבנן אצרכו פרצוף פנים עם החוטם ואפ"ה קתני שאין מעידין על סימני הגוף ע"כ מוכרח דאפילו בדרבנן לא סמכינן אסימנין פריך שפיר. ומיושב גם כן הא דלא משני התם ביבמות לחד ליסנא דרבא דלכ"ע סימנין

דרבנן דלבתר דמשכי גופו דארוך וגוץ כליו בחורי וקומקי שוב ליכא לאוכוחי כלל מברייתא דסימנים דאורייתא דדלמא היינו טעמא דסמכינן בגט על סימנים דהוי רק חששא דרבנן וה"ה דהכא סמכינן על סימנים משום דאיכא פרצוף פנים בלא חוטם להך לישנא דהוי רק דרבנן רק דמתנית' איירי בסימנים גרועים וסוגיא דידן סברי כל"ב דבכורות דפרצוף פנים עם החוטם דאורייתא ומתניתין אברייתא ליכא למרמי כלל וכן ליכא לאוכוחי מברייתא דסימנים דאורייתא דלמא שאני גט דהחשש רק מדרבנן ולא פריך רק דאם חיישינן לשאלה ואיכא תרתי סימנים דרבנן וחששא דשאלה דמגרע כח הסימן אז וודאי אפילו בדרבנן אין לסמוך עליו :

שם אב"א כליו בחורי וקומקי ואלא הא דתניא וכו' וביבמות לא משכי כליו בחורי וקומקי עד לבסוף ותמה הב"ח בתשובותיו דכיון דאסיק אדעתיה לומר גופו דארוך וגוץ אמאי לא משכי נמי כליו בחורי וקומקי ומפני זה חידש דפליגי סוגין אהדדי דביבמות הוי סובר דכל דאין לנו הכרח וודאי דחיישינן לשאלה לא חיישינן לשאלה ואם כן אם היה משכי כליו בחורי וקומקי שוב לא היה יכול להקשות אלא הא דתניא וכו' וסוגין סובר דמן הסברא חיישינן לשאלה ולכך אע"ג דמשכי כליו בחורי וקומקי מקשי שוב ממלאו בכיס וכו' וע"ש. ולפענ"ד יתכן לומר בטעם סוגין דיבמות דלא משכי מעיקרא כליו בחורי וקומקי עפמ"ש הנע"ב בתשובותיו סימן ע"ב דמדקתני במתניתין דיבמות מעיקרא אין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם אף ע"פי שיש סימנים בגופו ובכליו והדר קתני אין מעידין אלא עד שלשה ימים. ויש לדקדק אמאי לא תני רבינו הקדוש בבא זו דאפילו יש לו סימנים בגופו אחר בבא זו דאין מעידין אלא עד ג' ימים ואין לומר דהוי אמרינן דלא קאי רק אבבא זו ולא אהך דאין מעידין אלא על פרצוף דהא רישא הוי אתי במכ"ש מקיפא דוודאי טביעות עין בגוף שלם ואינו חבול בפניו אחר שלשה ימים עדיף טפי מפרצוף פנים חסר דאינו הכרח כלל מדאורייתא וכו' אלא וודאי האמת כן הוא דאם מכירין אותו אחר ג' ימים בטביעות עין אף שיש לחוש שמא תפח מ"מ אם יש שם ג"כ סימנים בגופו ובכליו מהני יע"ש וכן הסכים הנו"ב קמא בסימן ל"א לדבריו ודקדוקו . ול"ע דאם זה הכרח אם כן יקשה איך משכי גופו דארוך וגוץ וכליו בחורי וקומקי דלפ"ז יקשה אמאי קתני אע"פ שיש סימנים בגופו וכליו ברישא ולא קתני להו בתר בבא דאין מעידין אלא תוך ג' ימים כי רחוק הוא לומר דגם בסימן דארוך וגוץ וחיורי וקומקי מהני לאחר ג' ימים דהרי אינו סימן כלל וכמ"ש הפוסקים דאפי' מאה סימנים כאלו לא מהני אף את"ל דבירור סימנים מלתא היא וא"כ איך אפשר לאוקמא סימנים דמתניתין בסימנים גרועים כאלו אע"כ דלכל הפחות סימנים דכלים דמתני' סימנים אמצעים הן ורק משום חששא דשאלה אין מתירין ברישא ואיכא למימר דלאחר ג' ימים לא חיישינן. ואולם נראה דהוכחות העבודת הגרשוני הוא רק את"ל דמדאורייתא בעי פרצוף פנים עם החוטם ואז קשה דאמאי לא קתני הך דאע"פי שיש בו סימנים בגופו ובכליו בהך בבא דאחר ג' ימים דא"ל דהוה ס"ד דלא קאי רק אסיפא דהלא הוי כ"ש וכמ"ש הנע"ב אבל להך שיטה בבכורות דפרצוף פנים בלחוד סגי מדאורייתא ורק מדרבנן בעי פרצוף פנים עם החוטם א"כ ליכא למידק כלל מדלא קתני בסיפא דאי הוי קתני בסיפא דסימנים לא מהני איכא למטעי דדוקא בסיפא לא מהני סימנים בגופו ובכליו אבל ברישא כשיש שם פרצוף פנים ורק החוטם חסר ה"א כיון דסגי מדאורייתא מהני שפיר סימנים בגופו ובכליו ולפ"ז להך תירוצא דמוקמינן כליו בחורי וקומקי ל"ל דס"ל דפרצוף פנים ובלי חוטם סגי מד"ת והיינו דלא משכי מיד כליו בחורי וקומקי דסוגיא דיבמות סברה מעיקרא דמדאוריית' בעינן פרצוף פנים עם החוטם וכמו שנראה מסוגיא דשם ואז א"א לאוקמי כליו בחורי וקומקי וכדאמרן אבל סוגין איכא למימר דסברי מעיקרא דפרצוף פנים בלחוד סגי מד"ת לכך משכי מיד כליו בחורי וקומקי . וזה היפך ממה שכתבנו למעלה בדרך הראשון ליישב סתירת הסוגיות כמובן :

ולפמ"ש הפוסקים בשם מהר"ל מפראג להוכיח דאם סימנים דרבנן לא חיישינן לשאלה מדקתני במתניתין דיבמות אע"פ ש"ש סימנים בגופו ובכליו והרי סימנים מדאורייתא לא מהני ולא קתני אע"פ שיש טביעות עין בכליו אע"כ דט"ע באמת מהני דלא חיישינן לשאלה ולדבריו איכא למימר דלעולם אף לאחר שלשה ימים לא מהני סימנים בגופו ובכליו והא דלא קתני הך אעפ"י וכו' בסיפא משום דתנא דמתניתין אתי להשמיענו דטביעות עין מהני מדיוקא ואי הוי קתני בסיפא לא הוי דייקינן דט"ע מהני בכלים רק לאחר שלשה ימים אבל תוך שלשה וחסר פרצוף פנים וחוטם דמדאורייתא לא מהני ה"א דאף טביעות עין בכליו לא מהני לכך קתני הך אעפ"י וכו' ברישא להשמיענו דאפילו ברישא מהני טביעות עין וכן להיפוך את"ל כדעת עה"ג אין לדקדק דאם סימנים דרבנן לא חיישינן לשאלה מדלא קתני אעפ"י שיש טביעות עין דאיכא למימר דלכך קתני סימנים למידק דבסיפא אפילו סימנים מהני ובזה יש ליישב סתירת הסוגיא דכאן ודיבמות ואין להאריך :

שם אין מעידין על השומא דעת הרד"ך כפי מה שכתב הב"י בשמו דאם צלם מקום השומא הוי סימן מובהק ומהני אפי' אם סימנין דרבנן והמ"ב בתשובותיו נחלק עליו דמ"מ איכא למימר דעשוי' להשתנות או דמלויי' בב"ג והב"ח בתשובה הכריח דע"כ אם הוי סימן מובהק כגון זה שבצלם המקום אז לא חיישי' לא לעשוי להשתנות לאחר מיתה ולא למלוי בבן גילו דאל"כ כי קאמר רבא דכ"ע סימנים דרבנן והכא בשומא סימן מובהק קמיפלגי אמאי לא קאמר ואב"א דכ"ע שומא סימן מובהק והכא בסימנים עשויים להשתנות או במלויי בב"ג קמיפלגי אע"כ דאת"ל דהוי סימן מובהק שוב לא חיישינן למידי והט"ז כתב דוודאי לעשוי להשתנות לא חיישינן כיון דהצלם סימן מובהק אבל למלוי בב"ג בכל גווני איכא למיחש וכדבריו איכא למידק מדברי הראב"ד שהביא הש"מ בסוגין שכתב ואני תמה על שאר הנולדי' עם האד' כגון רגלו עקומה ויתר בידיו וברגליו שם ושם וכו' אם הם מצויין בב"ג אם לא ומה הפרש בין שומא לשאר החידושין ולמה דברו על השומא יותר מכולן או שמא דברו עליה וה"ה לכולם אבל כשהעמידו מחלוקתן בשומא סימן מובהק או לא וודאי אפשר דשומא היתה דווקא אבל יתרת ושאר החידושין וכו' סימן מובהק הם וכן בסימן העשויים להשתנות דווקא שומא שאיכא שינוי אלא בעור האדם אבל שאר חידושין וכו' וודאי אינם עשויים להשנות עכ"ל הראב"ד הרי שהוא ז"ל סובר דיתרת וכיוצא בו הוי סימן מובהק ומ"מ דאפ"ה איכא למיחש דלמא מצוי בב"ג דלא כרד"ך וב"ח ומשמע נמי קצת דאם הסימן מצד הצלם דלא שייך בו עשוי להשתנות ולענין קושית הב"ח היה אפשר לומר במה שדקדק הראב"ד דאמאי לא נקט שאר שינויים ולזה י"ל דנקט דהיתר' עדיף ואפילו שלא אליבא דהילכתא כמבואר בתוס' ורא"ש בפ"ב דגטין דף וא"כ לכך נקט שומא להשמיענו כחו דראב"א דאפילו שומא דהוי סימן אמצעי אפ"ה מהני ולפ"ז היינו דלא קאמר רבא לישנא דסימנין דרבנן דכ"ע והכא בסימנים מצויין בב"ג קמיפלגי דא"כ מאי שנא שומא משאר שינויים דנקט כיון דאף שומא סימן מובהק ולומר דקמ"ל דשומא סימן מובהק לא ס"ל לרבא דהרי אין ענין זה למחלוקתם וא"כ אין הכרח מקושי' הב"ח רק דלא שייך בשומא היכא דהוי סימן מובהק לחוש מצד שעשוי להשתנות אבל מ"מ איכא למיחש מפני שמצוי' בב"ג וזה כדעת הט"ז רק דלפ"ז אם כדעת הראב"ד הרי אף בחסר ויתר אבר שם ושם דהוי סימן המובהק אפ"ה איכא למיחש בב"ג והרי הרמ"א פסק כדעת הרא"ש והטור דחסר ויתר אבר הוי סימן מובהק וע"כ ס"ל דהיכא דהוי סימן מובהק אפילו בשינוי' אשר הוים בתחלת יצירה אפ"ה לא חיישי' לב"ג ולפי"ז ה"ה בשומא וזה סיוע לדעת הב"ח ולפענ"ד בזה יובן דברי בעל העיטור שכתב ומסתברא דליכא סימן מובהק אמריכא בגופו אלא הכרת פנים וכו' ולא סמכינן בשום סימן אחר אלא על פרצוף פנים עם החוטם עכ"ל ותמה עליו הב"י דמשמע מדבריו דאפילו סימן מובהק שבמובהקין לאו דאורייתא וא"א לומר כן דהרי הוא עצמו כתב בגט דמהני נקב

בצד

בצד אות פלוני וכבר כתב הרח"ש בקונטרס עגונות על תירץ הב"י שהוא דחוק ואולם גם תירוצו במ"כ דחוק שכתב דלא איירי רק בסימן אמצעי דהרי העיטור כתב בפירוש דאין שם סימן מובהק רק הכרת פנים ואולם לפענ"ד נראה דהעיטור ס"ל כדעת הראב"ד וס"ל ג"כ כמו שכתב ר"ת בספר הישר דף פ"ה וז"ל ותן דעתך לומר שאין אדם רואה אלא על פרצוף פנים עם החוטם וכו' רק וכל השאר ליתי' דאין זה טב"ע אלא סימנא בעלמא ומובהק וכו' וזה ג"כ דעת העיטור דפרצוף פנים עם החוטם הוי רק כסימן מובהק רק דלא שייך בי' דמצוי בב"ג כי זה מגדולתו של ממ"ה הקב"ה שאין שני פרצופין דומין זל"ז ועיין בנוב"י קמא דלאו על כל הרוב בלבד אמרו יע"ש שהכריח כן אבל בשאר שינויים שהם מתחלת היצירה באדם איכא למימר דמצויין בב"ג וזהו שכתב העיטור דליכא סימן מובהק אחריכא בגופא אלא הכרת פנים דהיינו סימן שהוא מתחלת יצירה באדם דומיא דהכרת פנים לא מהני כיון דאפי' שומא לא סמכינן עלה וס"ל דאפילו באמצע המקום ומטעם דמצוי בב"ג ה"ה בכל שינוים ההוים מתחלת היצירה אבל מודה העיטור בנקב בצד אות פלוני דלא שייך למיחש הכי וה"ה באדם מקרה שקרה לו אחר לידתו הוי סימן מובהק :

שם אמר רבא את"ל סימנים דרבנן היכי וכו' ניחא ליה למוציא וכו' אמר ר"כ וכי אדם וכו' אלא ניחא ליה לבעל אבידה וכו' הש"מ בשם הריטב"א פירש אף ניחא ליה לבעל אבידה את"ל וודאי ניחותא דמוציא אבידה צריך. דאם לא כן איך נוציא מידו האבידה דהרי הדין נותן שיהיה שלו אם אין לבעלים סימן מובהק ולא עדים. וצ"ע לדבריו אימתי צריך לניחותא דבעל אבידה לפמ"ש התוס' דהך סימנים מובהקים דקאמרינן הכא היינו יותר משל חבירו וא"כ ממ"נ אם הישי' דיש לבעלים סימן מובהק או עדים על זה לא שייך דניחא ליה לבעל אבידה דלהדרו בסימן אמצעי דוודאי לא ניחא ליה ואם כי ליתא לבעלים סימן מובהק ולא עדים הרי אז מתייאש ממנו וסגי בניחותא דמוציא אבידה. ואפשר דבתחלה לא מתייאש כי הוא סובר שימצא עדים ע"י סימן אמצעי שיש לו באבידתו וממילא לא זכי המוציא כיון דבאיסור באתה לידו אף ע"פ שלא ימצא אח"כ עדים והיינו קושית ר"ש ולזה הוצרך לתרץ דניחא ליה לבעל אבידה והריטב"א בא לומר דגם ניחותא דמוצא צריך דאם לא כן היה ראוי לחוש אחרי כי אין איש המוציא עדים אולי ידע בנפשו מיד באבדו כי לא ימצא עדים ונתייאש וע"כ הא דמהדרינן משום דניחא ליה למוצא האבידה. ולפי עכ"ד אפשר לומר עוד דלענין מקום דקיי"ל דהוי סימן לא שייך לומר דע"י סימן זה שהוא במקום פלוני ימצא עדים והיה ראוי להתייאש ורק מתקנת חכמים מהני מקום וזה לא שייך רק מפני ניחותא דמוצא אבידה :

שם אלא הא דתניא מצא תכריך של שטרות הכא נחלקו הפוסקים אם מנין הוי סימן מובהק ודעת הרא"ש והנ"ב הוי מנין סימן מובהק ודעת הרח"ש דלא הוי מנין סימן מובהק. ובאמת בשו"ג בהלכות אבידה משמע דלא הוי סימן מובהק וכן נראה להדיא מדברי הנמוקי יוסף פרק ע"ו ביבמות שכתב גבי שומשמני וז"ל ומנין לא הוי סימן דאיכא למימר חושבנא איתרמי הכי והא דאמרינן בפ"ב דמציעא דמנין הוי סימן ה"ד מציאה ומ"מ שמעינן דאם אמר סימן מובהק משמע להדיא מנין לא הוי סימן מובהק וכ"מ בש"מ בב"ב דף ק"כ יע"ש. ואולם התוס' שם בד"ה כתב וז"ל הכא משמע דמנין ומדה לא הוי סימן והא דאמר בא"מ וכו' מנין נמי הוי סימן התם איירי בענין שאין דרך בני אדם להכניס אבל הכא דרך בני אדם להכניס במדה זו עכ"ל ומדלא תירצו כמ"ש הנימוקי יוסף משמע דס"ל דמנין הוי סימן מובהק ואולם אין זה הכרח גמור דאיכא למימר דהתוספות ס"ל כמ"ש הש"מ בב"מ בשם הריטב"א דמורו פסק סימנים ד"ת ומפשיטותיה דרבא הרי דס"ל דלרבא באמת סימנים דאורייתא וא"כ יתכן דאף התוס' סברי כן עכ"פ לרבא אף לדינא יפסקו דסימנים ספק אי ד"ת או מדרבנן על כי רב אשי מספקא ליה

אי סימנים ד"ת מ"מ דעתם דלרבא פשיטא ליה ומבואר בש"מ בב"ב דף קכ"ח ע"א דלמ"ד סימנים דאורייתא אפילו לאפוקי ממונא מחבריה מפקינן דדוקא למ"ד סימנין דרבנן מהני דווקא במציאה משום ניחותא דבעל אבידה ודמוצא אבל לא לאפוקי וזהו סברת הב"י דכתב דהכא לא הוי סי' מובהק אבל התוס' ס"ל דכיון דלרבא קיימיה ורבא לדידהו ס"ל סימנים דאורייתא מעתה את"ל דהכא הוי סימן אמצעי דמהדרינן אבידה ע"י ראוי לנו לאפוקי ממונא ג"כ בהכי וע"כ הוצרכו לומר דהכא לא הוי אפילו סימן אמצעי ואפשר לומר דגם הנימוקי יוסף ס"ל דלרבא סימנים דאורייתא ואפ"ה ס"ל לחלק בין מציאה לאפוקי ממונא מחבריה מטעם שכתב הש"מ בכתובות דף פ"ה ע"ב בשם הריטב"א בשם הרמב"ן וז"ל הא לא אשכחן דמהני סימנא להוציא ממון מרבות המוחזק ולא הוזכרו אלא לגבי מציאה לחוד שהתופס בה אין לו בה שום זכייה אלא שבא לזכות בה מדין מציאה ויאוש בעלים וכי איכא סימנים ליכא יאוש בעלים עכ"ל נראה מדבריו דלאו משום דלא עשו בה תקנה למ"ד סימני' דרבנן (וכמ"ש לעיל בשם ש"מ בב"ב וכ"מ מבואר שם בכתובות בשם תלמידי ר"י וע"ש ואזלי לשיטת רבם כי גם בב"ב דברי ר"י הם שם בש"מ) רק מעיקר דין אפילו את"ל סימנים דאורייתא אפ"ה לא מפקינן ממונא עפ"י סימנים והסברא נראה דאיכא למימר דסימנים לא אלים רק כרוב ולכך אף דבאיסור. ולענין מציאה מהני סימנים אבל לאפוקי ממון לא מהני סימן רק דצ"ע לפ"ז מסוגין מאי מוכיח ממתני' דמצא תכריך של שטרות דסימנים ד"ת והא אף אם סימנים ד"ת לא מפקינן ממונא בכי' ואם יאמר המלוה הסימן איך יוציא ממון ויש ליישב עפ"י סברת התוספות בחולין דף צ"ו ד"ה פלגיא עכ"פ למדנו מדברי נימוקי יוסף דמנין לא הוי סימן מובהק ומתוס' אין ראיה דחולקים כמבואר :

ואולם הרח"ש בקוע"ג הכריח מסוגין דע"כ מנין לא הוי סימן מובהק דאל"כ מאי מקשה מהאי דמצא תכריך של שטרות הא התם משום מנין מהדרינן וכדמשמע ספ"ק והוי סימן מובהק ולכך מהני אע"כ דמנין סימן אמצעי הוא. ולפענ"ד נראה ליישב דהכא עוד יש להקשות מאי מוכיח ממתניתין דסימן דאורייתא דלמא לעולם דרבנן ושאני הכא דאיכא שני סימנים אמצעים דהיינו המנין והתכריך ובצירוף שניהם הוי סימן מובהק ומצאתי בשו"ת הגאון מו"ה עזר הנדפס בסוף באה"ע מאה"ע שכתב דהשתא הוי ס"ל דלא חיישינן לשאלה וא"כ מוכרח ע"כ דצירוף סימנים לא הוי סימן מובהק דהרי קתני אעפ"י שיש סימנים בגופו ובכליו והיינו אעפ"י שיש בשניהם בגופו ובכליו וע"כ איירי בסימן אמצעי דאם בסימן גרועי אמאי קתני שיש סימנים גרועים דצירוף כולם לא מהני אפילו לענין אבידה דמאה סימנים גרועים לא מהני לימא רבותא יותר דסימן אמצעי יחידי דמהני עכ"פ באבידה אפ"ה לא מהני בא"א את"ל סימנים דרבנן אע"כ דבאמת בסימן אמצעי איירי וא"כ מוכרח דצירוף סימנים לא מיקרי סימן מובהק ומוכיח שפיר ובזה יישב שם קושי' הראשונים לפ"מ דקאמר אה"כ רבא את"ל סימנים דרבנן איך היה מפרש מתניתין דמצא תכריך ולפי הנ"ל י"ל דאה"כ סובר רבא דחיישינן לשאלה יע"ש ולפענ"ד יש מקום לפקפק קצת על דברי הגאון ז"ל חדא דאיכו מוכרח דהך אעפ"י שיש סימנים בכליו שייך להדדי. ועוד דאיכא למימר דאם צירוף שני סימנים אמצעים מקרי סימן מובהק ה"ה לצרוף שני סימנים גרועים מקרי סימן אמצעי וזה שכתב הרמ"א בשם הפוסקים דאפילו כמה סימנים גרועים לא מהני היינו משום דקיי"ל סימנין דרבנן ובעי סימן מובהק ומאה סימנים גרועים לא הוי סימן מובהק אחד אבל עכ"פ סימן אמצעי הוי וממילא נדחית ראיה זו דאם לא חיישינן לשאלה דמיירי מתניתין ע"כ בסימן אמצעים דאיכא למימר דמיירי בסימנים גרועים קמ"ל דאע"ג דמהני באבידה מ"מ באיסור לא מהני ונראה דאת"ל דשני סימנים אמצעים בהצטרפן חשיבי סימן מובהק וכאשר משמע מדברי המזרחי באמת ס"ל דמנין הוי סימן מובהק ולפ"ז שפיר הוכרח תלמודן דסימנים דאורייתא שהרי כתב הש"ך בח"מ סימן ס"ז ונדקט הכא במתניתין תכריך של שטרות ומוכרח דעכ"פ הכריכה הוי סימן דאל"כ אלא המנין

בלבד

בלבד א"כ ליתני מלא ג' שטרות אע"כ הכריכה הוי סימן רק דהוי אפשר לומר דהכריכה עם המכין בהדדי הוי סימן מובהק אבל אם מכין בלחוד הוי סימן מובהק א"כ ע"כ א"א לומר דנקט תכריך משום דתרתי בעי דהא מכין לחוד הוי סימן מובהק וע"כ הכריכה לחוד ג"כ הוי סימן וא"כ מוכרח דסימנים דאורייתא באופן דאדרבה יש קצת סיוע מסוגיין דמכין הוי סימן מובהק ואולם הש"מ בשם רבינו יונה בב"ב דף קכ"ח כתב דפליגי אמוראי אם מכין הוי סימן מובהק ולפ"ז מיושב ג"כ סוגין הא דקאמר א"כ את"ל ולא פשיט ממתניתין משום דמעיקרא היה סובר דמכין הוי סימן מובהק וא"כ א"א לומר דתכריך דנקט משום שילטרך למכין להיות סימן מובהק דהרי מכין לחוד מהני וע"כ תכריך דקתני להיות הכריכה סימן בלחוד וא"כ מוכרח סימנים ד"ת אבל אח"כ אמר את"ל משום דס"ל דאיכא למימר מכין לא הוי סימן מובהק וא"כ אין הכרח דסימנים ד"ת משום דאיכא למימר דכריכה ומכין בהדדי הוי סימן מובהק :

סימן לד

יבמות דף קי"ח ע"א במתני' אחת אומרת מת ואחת אומרת נהרג וכו' דעת הרא"ש בכלל כ"א דה"ה עד אחד אומר מת ואחד אומר נהרג הואיל זה וזה אומרים שאינו קיים מותרת לינשא והיינו כפי מה שפירש הב"ש דברי הרא"ש בתשובה בכלל כ"א שהביא ראיה ממשנתינו ומכלל דס"ל דכל שניהם מודים שאינו קיים אפילו יש הכחשה ביניהם כמו מת או נהרג דומיא דצרות אפ"ה תנשא ולפיכך תמה בנו"בי קמא סימן מ"ו שהוא נגד הירושלמי דאיתא שם בהדיא דמודה ר"י ור"ש בעדים ומפרש מה בין עדים לצרה לא עשו דברי צרה אלא חברתה כלום . וראיתי במהרי"ט ח"ב באה"ע סימן כ"ח בסופה שכתב וז"ל והוי יודע שהרא"ש כתב בתשובה וכו' ושם ביארתי שמכחישים עצמם בגופה של עדות כגון אחד אומר מת על מטתו ואחד אומר נהרג עדותן בטלה אע"ג דגבי צרות תנן הואיל אלו ואלו מודים שאינו קיים הרי אלו ינשאו מ"מ עדים שאני והיינו דאמרינן בירושלמי מודים ר"י ור"ש וכו' עכ"ל. והנה דעת הגאון דהרא"ש מודה במת ונהרג ולדבריו צריך לדחוק בהראיה שמביא הרא"ש ממתני' בכלל הנ"ל ופשטן של דברים כדברי הב"ש דהרא"ש אף באחד אומר מת ואחד אומר נהרג קאמר אלא דדברי הירושלמי צריכין ישוב לדעת הטור והרא"ש והנה הב"ש כתב שני טעמים דמכשיר הרא"ש עדים המכחישים זה את זה אם שניהם ודים שאינו קיים או משום דס"ל להרא"ש כה"ג לא הוי הכחשה גמורה רק כמו זה אומ' מנה שחור וזה אומר מנה לבן . ולפי"ז אם מכחישין עצמם בחקירות בזמן וכיוצא דהוי הכחשה גמורה אין נאמנים או דהטעם משום דבעדות מיתת הבעל כיון דעד אחד נאמן אין הפסד במה שמכחישים זה את זה אפילו בחקירות כיון דעכ"פ אחד אומר מת ונישאת על פי עד אחד מה שאין כן בדיני נפשות דבעי שני עדים והנו"בי כתב דגם בזה נעלם מהב"ש הירושלמי בג' מקומות וז"ל הירושלמי ביבמות וכן הוא בסנהדרין ובנזיר בירושלמי תמן תנינן מי שהיה שני כיתי עדים מעידין אותו אלו מעידין שנזר שתים וכו' רב אמר הכחיש עדותו בתוך עדות לא בטלה העדות ור' יוחנן אמר הכחיש עדות בתוך עדות בטלה עדות ד"ה הכחיש עדות לאחר עדות לא בטלה עדות ר"י כדעתי' דאמר ר"י הוחזק מוכה זה אומר מן הכיס מוכה וזה אומר מן הצרור מוכה הכחיש עדות בתוך עדות בטלה ואף רב מודה שבטלה עדות במאי פליגי בשהיה שתי כתי עדים וכו' ופירש דרב ור"י פליגי דווקא בשני ב' עדים דלר לא בטלי עדות ומפני דעכ"פ כת אחד אומרת מת ור"י ס"ל דאפי' בשני כתי עדים בטלה עדות הרי דלר"י אפילו בשני כתי עדים לא מהני והוא הדין בעד אחד אומר מת ואחד אומר נהרג דלר"י לא מהני יע"ש בנו"בי בתקע"ג סימן מ"ו שהאריך בדבר . והנה הרמ"ה והרא"ש בפ' זה בורר בסימן כ"ד בסופו כתב דאם המלוה מכחיש להעדים אפ"ה עכ"פ שבועה חייב דאף דאין מצטרפין לחייבו ממון כיון דלדברי מלוה עצמו לא לוה רק פעם אחד מ"מ עכ"פ אחד אומר אמת וחייב שבועה וז"ל הרא"ש שם דהא דחשבינן להו עדות מוכחשת לפסול שניהם היינו כששניהם מעידין על דבר אחד ומכחישין זא"ז כמו זה אומר הרג וזה אומר לא הרג אבל כששניהן מעידין על שני דברים ולדברי המלוה אחד מהם שקרן מ"מ אחד מהם אומר אמת ומחייב שבועה וה"ה הכא אע"ג דאחד מהם משקר או האומר מת או האומר נהרג כיון דהאחד אומר אמת אמאי לא תנשא . והנוב"י שם תמה על סברת הב"ש מדברי סמ"ע שכתב דפטור אפילו משבועה ולדמותיב ליה מדברי הסמ"ע לסייע ליה מדברי הרמ"ה והרא"ש וכן יש לתמוה על מהרי"ט הנ"ל שכתב דהרא"ש גופי' לא אמר באחד אומר מת ואחד אומר נהרג ומדבריו בפרק זה בורר לא משמע כן :

ואולם לפענ"ד דברי הב"ש הלא המה מקורם מדברי רשב"א דאמר לא נחלקו ב"ש וב"ה על שני כתי עדים אחד אומרת מנה ואחד אומרת מאתים שיש בכלל מאתים מנה לא נחלקו אלא בכת אחת אחד אומר מנה ואחד אומר מאתים שב"ש אומרים נחלקה עדותן וב"ה אומרים יש בכלל מאתים מנה מעתה לרשב"א אליבא דב"ש דמנה ומאתים הכחשה היא וא"כ מאי טעם בשני כיתות לא נחלקו עדותן ע"כ כיון דכת אחת אומרת אמת סמכינן עלה עכ"פ להוליא מנה אף שיש שם כת אחת המכחישה וא"כ היכא דע"א נאמן מאי טעם יש לומר דהיכא דמכחישים עצמם באופן זה דהיינו אחד אומר מת ואחד אומר נהרג אמאי לא נאמין להם ומה בין עד מיתה בע"א לעידי ממון בשני כיתי עדים אליבא דרשב"א ואף דזה אליבא דב"ש . והרי לרשב"א לא פליגי ב"ש וב"ה בזה כלל :

וז"ל הריב"ש בתשובה סימן תע"ע וכיון שכולם שוין שהקטנה מקודשת ע"כ מקודשת היא כדאמר רשב"א לא נחלקו ב"ש וכו' וקיי"ל כרשב"א וכו' וליכא למימר דדוקא נקט בשתי כתי עדים כגון מנה ומאתים ומשום דיש בכלל מאתים מנה כו' הא ליכא למימר דודאי רשב"א לא נקט האי לישנא ברישא אלא משו' דבכת אחת פליגי ב"ש וב"ה דמצטרפי משום דיש בכלל מאתים מנה ומש"ה קאמר רשב"א דבשתי כתי עדים מודו ב"ש ב"ה מיהו אפילו יש הכחשה גמורה ביניהם נמי הכי הוא יע"ש שכתב דאינו ענין לפלוגתא דרב הונא ור"ח בעדים המכחישים דאפילו רב חסדא דאמר בהדי סהדי שקרי ל"ל מודה הכא כיון שיש כאן כת אחת שאומרת אמת הרי לפנינו דהריב"ש קאמר גם דבשתי כתי עדים סומכין במה שלדברי שניהם אמת. ונראה ברור דזה דווקא לרשב"א דקי"ל כוותי' אבל לתנאי דמתני' בנזיר ובעדיות לדידי' ס"ל לב"ש דאפילו בשתי כתי עדים נחלקה עדותן וב"ה דפליגי משום דיש בכלל חומש שתים לדידיה משמע ודאי דכל שיש שם עדי הכחשה גמורה יש לחלק. וכמו שלידד הריב"ש לרשב"א לומר כן יתכן לתנא דמתניתין אליבא דב"ש וב"ה והנה בירושלמי בג' מקומות דהיינו ביבמות וסנהדרין קודם שהוא מביא מחלוקת רב ור"י מביא מתניתין דנזיר מי שהיה שתי כתי עדים וכו' ובנזיר מביא בירושלמי ג"כ מחלוקת רב ור"י על מתניתין ואחר כל השקלי וטרי' מביא ברייתא דלא נחלקו בשני כתי עדים רק בב"א ומזה נראה מבואר דרב ור"י אליבא דתנא דמתניתין פליגי דלרב ס"ל דאליבא דתנא דמתניתין ג"כ אליבא דב"ה בטלה עדות והא דאמרינן יש בכלל מאתים מנה ובנזיר יש בכלל חמש שתים לא דמשום כך לא הוי הכחשה רק בא לומר דכיון דיש בכלל מאתים מנה וכן בכלל חמש שתים אין באפשר לפוטרו מכלום כיון דלדברי כולם עכ"פ נזר שתים אבל באמת הכחשה הוי ור"י סובר לתנא דמתני' דוקא בחמש ושתים דאינו הכחשה גמורה וכמ"ש התוספות בב"ב קאמרי ב"ה אבל בהכחשה גמורה מודו ב"ש דנחלקו עדותן וע"ז קאמר הילי' דרב ממתני' הואיל וזו וזו מודים שאינו קיים הרי אלו ינשאו ויסבר דמתני' דיבמות וודאי לא תחלוק על מתניתין דנזיר ועדיות דפליגי ב"ש וב"ה

בשני

בשני כתי עדים וע"כ טעמא דב"ה דאע"ג דהוי הכחשה גמורה ע"מ כיון דבכת אחת די כמו במיתה ומשני דר"י סובר דטעמא דמתניתין משום דהכחשת לרה לאו כלום היא וכ"ש אליבא דתנא דמתניתין אבל לרשב"א דקי"ל כוותיה וודאי אפילו בהכחשה גמורה כל שיש שני כתי עדים עושין ע"פ וה"ה בע"א אומר נהרג ואחד אומר מת ובזה נתיישבו דברי ב"ש והרא"ש דהירושלמי דקאמר דמודה ר"י ור"ש בעדים והיינו רבי יוחנן לשיטתו דס"ל כתנא דמתניתין אבל לדידן דקיי"ל כרשב"א שפיר קאמר הרא"ש דמהני אפילו יש הכחשה גמורה וכמו דהוי ס"ל לרב ובזה י"ל הא דאיתא בנזיר דף כ' מתניתין דלא כרבי ישמעאל בנו של ריב"ב דאמר לא נחלקו ב"ש וב"ה על שתי כתי עדים ובסנהדרין דף ל"א איתא דאמר רשב"א לא נחלקו על שתי כתי עדים שאחת אומרת מנה ואחת אומרת מאתים וכו' על מה נחלקו על כת אחת דיש לתמוה כיון דב"ש וב"ה נחלקו בנזירות כדאיתא במתניתין דנזיר ממאי שביק רשב"א נזירות וכן שביק ריב"ב בר זוגי' דקאמר ג"כ בנזירות. ולהנ"ל י"ל עפ"י מש"כ התוספות שם בנזיר בד"ה מי שהיו שתי וא"ת ה"ד אי שתק שתיקה כהודאה דמי וי"ל כשהנודר מכחיש או באומר א"י או כשבאו שתי הכתות בב"א יע"ש והנה למ"ד בכריתות אדם נאמן על עצמו יותר ממאה איש ואפילו אמר לא נטמאתי מעולם ה"ה הכא דנאמן על עצמו · וכ"מ ברמב"ם. בפ"ט מהלכות נזירות וע"כ מיירי בשותק או באומר איני יודע ולפי"ז לדעת הסוברים דע"א נאמן באומר איני יודע אין הפרש בין כת אחת לשני כיתות ולא מלי למימר רשב"א דב"ש וב"ה נחלקו בנזירות כלל דאיהו ס"ל דאדם נאמן על עצמו יותר ממאה איש וא"כ ע"כ בהכחשה אין כאן נזירות ובשותק או אומר איני יודע אפילו בכת אחת מודו ב"ש לב"ה דיש שם נזירות כיון דעכ"פ אחד אומר אמת (היינו להרמב"ם והרשב"א דס"ל דאפילו באומר איני יודע אחד נאמן וכמ"ש הש"ך בי"ד סימן קכ"ז) ועיין בתשובת הרשב"א ח"ג סי' קי"ב שהשואל כתב דמדברי הירושלמי נראה דרב ושמואל נחלקו בבאו כת אחת אחר כדי דיבור והכחישו את הראשונים ובדיני נפשות השכימו שניהם לפסול והרשב"א השיב לו שאיננו רואה חילוק בין תוך כ"ד ולאחר כ"ד לענין הכחשה. ולכ"ע אם היה להרשב"א גרסתינו בירושלמי איך היה מפרש מה דאיתא שם חילוק בין הכחיש עדות בתוך עדות לאחר עדות גם השואל נראה שהיה גרסתו מהופכת מגרסתנו דאם הכחיש בתוך עדות לכ"ע בטלה עדות ורב ור"י פליגי בהכחיש עדותו לאחר עדות דלרב לא בטלה עדותו ולר"י בטילה עדות. ולפי"ז יתכן לומר דלכ"ע כל שיש שם הכחשה גמורה לתנא דמתניתין אליבא דב"ש וב"ה אינו מועיל שום אחד מהן ואפשר מטעם דעדות שבטלה מקצת בטלה אבל בלאחר כ"ד פליגי דלרב כיון דלאחר כ"ד הוי לא בטלה עדות ולר"י בטלה ויתיישב בזה קושי' הנוב"י בתשובה הנ"ל איך אפשר לומר דלרב לא בטלה עדות הא הוי עדות שא"א להזימה יע"ש ולגירסא הלזו הנה נכון. כיון שכבר העידו הראשונים אם הב"ד רואין שהאחרונים מכחישים לראשונים אינם חוקרים אותם והוי עדותן כמאן דליתא וממילא ממיתין אותו עפ"י עדים הראשונים מה שא"א לעשות כשמעידין בב"א והיינו דלפי המסקנא יליף מלדק לדק תרדוף דאף בזה"ז יש לנו לחקור בכל יעו"ש בדיני נפשות וחוקרין אף העדים האחרונים וממילא פטור הוא משום עדות שא"א להזימה. ומיושב אף לפ"ד הש"ך דגם בדיני ממונות בעינן עדות שאתה יכול להזימה וגם אם אמרינן דלא כדעת הש"ך הרי בחבלות לכ"ע בעינן עדות שאתה יכול להזימה ואמאי קאמר דמודה רב באחד אומר בסייף הרגו ולא קאמר בחבלה אלא כדאמרינן דבדיני ממונות אף אי בעי עדות שאתה יכול להזימה מ"מ יש לחייבו בזה"ז דאין אנו חוקרין האחרונים וממילא הוא חייב עפ"י הראשונים ויש בידינו לעשות כן כיון דלשני הכתות הוא חייב. ואולם רבי ישמעאל בנו של ריב"ב ס"ל דאם מכחיש ואומר לא נטמאתי מעולם אינו נאמן לנגד העדים ואם כן שייך שפיר מחלוקת בית שמאי ובית הלל בנזירות במכחיש כמובן אבל רשב"א הוצרך לומר דמחלוקת בית שמאי ובית הלל לא איתשל לענין נזירות כ"א לגבי מאתים ומנה. ולכ"ע בכל זה :

סימן לה

שאלה להגאון בעל חת"ם זל"ל :

(ויעויין בחת"ם ח"א סימן ק"י וקי"א)

קוה קויתי זה ימים למטר לקחו ורביבי תורתו והן עבר הסתיו הניצנים הגיעו לראות. ועוד נמנע הגשם ומלקוש לא היה עגומה נפשי עלי כי זה פעמים אשר שלחתי את קולר דעתי לפני א"מו הגאון. הוחלתי כי ירווח לי. ותוחלתי נכזבה. ואך עתה אדרוש את דבר ה' למעשה ואתו המורה לצדקה. הגם בזה ימנע דברו מאתי. היחדל ממני את תירושיו המשמח אלהים ואנשים. הן יברכוהו לאומים. יפארוהו כל אפסי ארץ. כי תורה להם מאתו תצא. ילוה נא גם לי עוד כמאז את ברכתו. וירוה את למאוכי. ומאת ה' יהיה גמולו ושכרו :

הן פה אצלי בחור אחד אשר שתה ממעט אשר לקקתי (ולא חסרתי) ממים הגדול. ורחב ידים נרהו רבינו במחוקק משענת תבונתו. והנה בעודו נער שולח ועזב מאבותיו כי אביו שבק חיים לרבנן ולכל ישראל. וגם מקום אמו נעלם מאתו. ונפשו יודעת כי היה לו אח מאביו. איך איפוא הוא ומה קרהו נסתר ממנו. וזה ימים או עשור נתקשר עם ב"ג מק"ק יאקע. והן יחרוד מחותנו הנ"ל פן יאסור ח"ו את בתו בכבלי העיגון. והנה כד הוי קאימנא קמיה מרנא הגאון כי' ראיתי כי עשה רבינו הלכה למעשה בנידון כזה ואיזן ותיקן וחקר מאוד להעמיד הדבר על בריו. אך להיות כי נעשה הדבר בהסתר מאוד לא אוכל לדעת את פרטי הדברים על מכונם. לזאת אדפוק על פתחיו להורות לנו את הדרך אשר נלך בה ואת המעשה אשר נעשה. והנה בגוף קדושין על תנאי ביבום הירושלמי עם סוגיא דב"ק כבר דברו בה חורי הארץ ומה לזבוב קלון כנפים כמוני לפצוח פה. אך ירשינו נא א"מו לדבר לפניו דבר אחד אשר נבוכו רעיוני בזה. הן כל הפוסקים פה אחד (לבד מר"ת וגם הוא חזר בו) והקשו על זה מדאתקין שמואל בגיטין אם לא מת וכו' ולמדנו בזה רבינו שני תירוצים האחד סברת הרמב"ן דהיכא דמתנה על דבר אחד לא תליא בברירה. והאי דהרי אני בועליך ע"מ שירצה אבא דמוכח מיניה דיש ברירה היינו דכל דבר שהוא בדעת אדם בוודאי תלוי בברירה. ולפי"ז אך דפסקינן התם רצה האב מקודשת לא רצה אינה מקודשת היינו משום דס"ל ע"מ שירצה ע"מ שלא ימחה כל זה לדעת הרמב"ן. אבל התוס' ריש פרק כל הגט (כ"ה ע"ב ד"ה ר"י ור"ש) וכן דעת המרדכי פרשו שיש חילוק בין דבר העומד להתברר לדבר שאין עומד להתברר דההוא דשמואל הוי עומד להתברר. ובזה תרצו הקושיא דר"י אדר"י אליבא דרבא. והנה עמדו כל המפורשים בזה דא"כ מאי דוחקיה דרבה לשנויי דהוא ל"ל ברירה לימא דאית ליה אלא שמחלקים בזה בין דבר העומד להתברר וכו'. ודעת מהרש"ל ומהר"ס שי"ף דוודאי המקשן לא ס"ל לחלק בין דבר העומד להתברר ורבא אליבא דר"י ה"ה דהמ"ל הכי אלא דאכתי קשה דר"ש אדר"ש ולכך הוצרך רבא לתרץ דטעמא משום שמא יבקע הנוד · ולפי"ז דבריהם מוכרח דע"מ שירצה אבא מקרי אין עומד להתברר וכ"כ תוס' ישנים ביומא להדיא כדברי מהרש"ל וההפרש בין הך דאם לא מתי להך דע"מ שירצה אבא. אע"ג דלכאורה גם בזה אם ימות האב הרי הדבר מבורר. נראה לפענ"ד היינו משום דלמא ימות הבן בחיי אב והתנאי צריך להתברר בעוד המעשה קיים. ובמיתת הבן נתבטל מעשה הקידושין ועוד לא נתברר דעת האב (וכדתניא מת הבן מלמדין את האב לומר איני רוצה) מה שאין כן התם אם מתה האשה תחילה הרי שנתברר שלא מת. אמנם הרמב"ם והרשב"א פסקו דע"מ שירצה אבא היינו עד שיאמר הן ולדידהו וודאי דלא ס"ל כסברת הרמב"ן. ול"ל דס"ל דזה מקרי עומד להתברר וכ"כ הר"ן להדיא :

ומעתה קמה כנד קושית המפרשים מאי דוחקיה דרבא לשנויי דהכי תנאי ל"ל ברירה ולמאי לא משני דס"ל שיש הפרש בין דבר העומד להתברר דבלא"ה מוכרח לר"י. והנה המהרש"א לפי דרכו גם הוא נראה מדבריו דס"ל ע"מ שירצה אבא מקרי אין עומד להתברר דס"ל דאם מתנה מעת שאני בעולם. דהיינו שיחול הגט שעה אחת קודם מיתתו. וזו השעה אינה מבוררת ולכך הקשה מר"י. מה שאין כן אם מתנה שיהא הגט חל למפרע מקרי עומד להתברר ובכה"ג מיירי רבי יוסי ושמואל. ותפסו עליו כל הבאים אחריו דהרי לקמן מבואר דר' יוסי ספוקי מספקא ליה אם מהיום פירושו מעתה או מעת שאני בעולם. ולפי דעת מהרש"א ז"ל אמאי כי מיית הוי גיטא ובהרמנא דרבינו נ"י אציע לפניו מה שנראה לפענ"ד בקיום דברי מהרש"א. ואף אם אין זאת כוונתו :

הנה הגאון בעל פני יהושע בחיבורו כתב כמה פעמים ואחד מהם בסוגיא דאין אונס בגיטין (בכתובות) דכל המגרש אדעתא דרבנן מגרש. ומבואר בתוס' לקמן דאף אם אמר מהיום אם מתי לר' יודא כוונתו מעת שאני בעולם דדעתו לאחר הגט כל מה שיוכל. ומעתה לדברי מהרש"א ז"ל דמעת שאני בעולם מקרי אין עומד להתברר. ואי קי"ל דבאין עומד להתברר אין ברירה. אם כן נראה מדאמרינן בוודאי דמהיום כוונתו מהיום ממש דהרי דעתו לגרש. ואם יאחר הגט הרי הגט בטל. מה ש"כ אם יש ברירה אפילו בדבר שאין עומד להתברר נוכל לומר דכוונתו במהיום מעת שאני בעולם. ולפי"ז א"ל דמרבי יוסי אין קושיא דדלמא לר' יוסי ספוקי מספקא ליה אי יש ברירה או אין ברירה בדבר שאין עומד להתברר (ולכאורה מוכרח לומר כן לתירץ בתרא של תוס' בדיבור זה דאם כן תקשה דר' יוסי איבעיא דר' יוחנן לא מצא ידיו ורגליו דבקנין פירות מספקא ליה והכא פשיטא ליה דאין ברירה. וע"כ דאף בברירה מספקא ליה וכיון שיש לנו שתי חזקות בדעת הבעל דדעתו לגרש ולאחר הגירושין כל מה שיוכל. וגם דמגרש אדעתא דרבנן ולדידן מספקא לן בברירה ממילא כל עוד שהבעל חי הוא בספק גירושין דדלמא אין ברירה. וא"כ אין יכול לגרש מעת שהוא בעולם. וע"כ מגרש מהיום ממש. או דלמא יש ברירה והרי דעתו לאחר הגירושין. אבל כשמת ממנ"פ מגורשת. אבל ר' יודא דס"ל דהרי הוא כא"א לכל דבריה ואפ"ה לכי מיית הוי גיטא ע"כ סבר יש ברירה אפילו בדבר שאין עומד להתברר. ומעתה אם ירצו דברי לפני רבינו נ"י איכא למימר בדעת הרמב"ם ורשב"א כדברי מהרש"א ואיפכא דוודאי רב משרשיא לא ס"ל לחלק. ורבא על ר"ש הוי מצי לתרוצי הכי. אלא דלרבי יהודה א"א לתרוצי הכי :

והנה נדחקתי בדברי הרמב"ם עד כי יבואו דברי רבינו נ' מ"מ בדברי תוס' דוחק להעמיס כל זה לקמן דף ע"ג. וכיון שהתוס' שנים ביומא כתבו להדיא דזה מקרי אין עומד להתברר וכל המפרשים פרשו כן אף בדברי תוס' דהכא. יורינו רבינו אם לא נחוש לדעתם וכיון שמתנה זה אם יבוא אחיו שנה אחת אחר העדרו. או יהיה לו בנים יהיו קדושין. ואם לאו לא יהיו קדושין. והרי הדבר עומד להתברר כל היות המעשה קיים. ואפשר כאן אף אם לא יהיה קדושין לדעת הראב"ד דס"ל פילגש בלא קדושין אין איסור דאורייתא. ואפילו יהיה איסור דרבנן מ"מ הרי בדרבנן יש ברירה. ולדעת הרמב"ם דפסק דאף פילגש בקדושין הרי איהו פסק דע"מ שירצה אבא מקודשת :

אבל עוד לבי מהסס בהא דמשמע בכל תנאים דתלי בברירה כגון הרי זה גיטך אם מתי דאם אין ברירה לא הוי גט ובקדושין כה"ג לא הוי קדושין. ולמאי והרי דעת פוסקים דבעינן תנאי ומעשה בדבר אחד ואף הרמב"ם שכתב הרב המגיד דלא ס"ל הכי ודמשמעו כתב הרדב"ז בתשובותיו דמתוך פסיעתו לא הולרך הרמב"ם להזכירו כי לא יעלה על הדעת שיחלוק הרמב"ם על זה. וכתב הרא"ש בתשובותיו כלל ל"ה סימן ח' דה"ע כיון דדיני תנאי אידוש שיעקור תנאי המעש' ואין לך בו אלא חידושו דהיינו כל דיני תנאי ואם לאו אין המעשה נעקר וכתב עוד כלל ע"ד סימן ד' דאם אומר ע"מ שלא יהיה שלך קנה לך דקנה דכל תנאי שסותר את המעשה לא הוי תנאי וא"כ אף בזה. אי אין ברירה. אמאי לא הוי גט הרי נסתר המעשה מכל ומה בין זה להמקדש ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה וכפלי' לתנאי' דאם יש לה עליו לא תהיה מקודשת אפי"ה התנאי בטל. שהקשו בתוס' דהרי התנה בפירוש שלא תהיה מקודשת ותי' ר"י דבעינן דומיא דתנאי ב"ג וב"ר. והרי אעפ"י שהתנה בפירוש אפי"ה כיון דלא הוי דומיא דב"ג וב"ר מקודשת דאין כח בתנאי כזה לעקור את המעשה. ולמאי יבטל תנאי התלוי בברירה המעשה ובאמת לפי קוצר ידיעתי בתלמוד לא מצאתי בגמרא דבר כנגד זה. דמאי דפריך בפ' כל הגט מהך דמה הוא באותן ימים עיקר הקושיא כיון דהרי הוא כא"א לכל דברי' א"כ מוכרח דהתנאי קיים. וכן מהריני בועליך ע"מ שירצה אבא עיקר הקושיא כיון דכי לא רצה האב איכה מקודשת מוכרח דהתנאי קיים. אבל בלשון הפוסקים משמע להיפך. ואני בער לא אדע לחלק. ורבינו הגאון נ' אשר בעוז שכלו יפריד בין הדבקים כברין יעמידנו נא על אמיתת הדברים :

עוד יורינו נא אדוני נ' במה שראיתי בכוב"י תוך השטר כתב שהחתן תחת החופה לא נתן להכלה דבר דמשמע מדבריו שם אבל הרי את מקודשת לי וכו' אומר יבינינו נא רבינו אם יש לחוש לבלתי יראה כמקדש על תנאי ומחל התנאי אח"כ שהתנאי בטל כמבואר וטוב יותר שישמיע החתן מקודשת לי ומהיות טוב וכו':

גם בנוכח כתיבת השטר כמדומני שאמר רבינו נ"י על השטר המוזכר בכוב"י שרישא לאו סיפא שפתח בלשון עדים וקיים בלשון ב"ד. לזאת אחלה נא את פני אמ"ו הגאון נ' שילוה לאחד מתלמודיו להעתיק לנו את כל הדברים בפרט לבלתי נכשל ח"ו. ואבקש עוד לחלות את פני אדמ"ו שישיבנו בטובו ויברר לי את ספקותי הנופלים לי בענין הזה. והנה אף כי הנני שואל עתה שלא כענין. מ"מ אמרתי כי אחר החג. יתחיל אדמ"ו הגאון נ' הל"ת ואולי בתוך הזמן ירצה הבחור לישא. למען לא יהיה עיכוב בדבר. גם כי אולי בתוך ימי החג יהיה לרבינו נ' פנאי יותר להשיבני זולת זה אין אתי דברי ה"ק מאיר א"ש :

סימן לו

שפ"ר לכבוד הרב המאה"ג המופלא ומופלג וכו' כקש"ת מוהר' שלמה נ' אב"ד דק"ק ג"ר יע"א והגליל:

הגיעני אמרותיו היקרים. וארא והנה נושא ונותן באמונה מפלפל בהלכה בחכמה ובתבונה. אודות מה שקרה במקומות הקרים למשמעתו כער אחד קידש בתולה לפני ע"א והבתולה אמרה אליו קדשני בטבעת זו ויקדש אותה בפני עד אחד והבתולה החזיקה הטבעת אללה כשלשת ימים עד כי בעל אחותה ואחותה לקחו הטבעת מן תיבתה ויחזירו להנער והקול נשמע פלונית נתקדשה ויושיב מעכ"ת נ' ב"ד והעיד העד עדותו כמשפט והבתולה בתחלה כחשה ואח"כ אמרה כי לשחוק נתכוונו ודברי הנער לא כתב מעלתו נ':

והנה ידוע כי רבותינו האחרונים אשר אנו הולכים אחריהם כולם חששו לדברי הסמ"ג והמרדכי בשם רא"ס דכאן דקאמר מאי הוה עלה ולא איפסיק הלכתא בהדיא כמאן אזלינן לחומרא וחוששין לקדושין בע"א. ונלפענ"ד דס"ל דלר"פ חוששין מדאורייתא דאם גם לר"פ לא אסורה רק מדרבנן לא היה הרא"ס וסיעתו מחמיר מספק משום דלא איפסיק הלכתא וכ"ש רבותינו האחרונים שראו כי רוב הראשונים פוסקים דאין חוששין לקדושין בעד אחד אם גם נמחמיר היה

רק

רק מדרבנן לא הוי חיישי ליחדאי באיסורי דרבנן ומהרי"ט שנראה מדבריו בחידושין דהוי רק מדרבנן לר"פ היינו לשיטת הפוסקים דפוסקים דלא כר"פ ולדידהו ה"ע דפסקו דלא כוותיה משום דס"ל דגם לר"פ הוי רק מדרבנן אבל הפוסקים כר"פ נראה דס"ל דאיכא לתא דאורייתא בקידושי עד אחד :

וראיתי בנו"ב תנינא חאה"ע סימן ע"ה שהאריך וכתב שם דגם להסמ"ג בשם רא"ם אינו רק מדרבנן יע"ש שהוכיח כן דאם ר"פ סובר דמדאורייתא חיישינן לקידושין בעד אחד א"כ ע"כ צ"ל אחד מאלו או דצ"ל ג"ש דדבר דבר כלל או דקאי רק לענין סוטה או ס"ל כיון דמהימן עד אחד בממון לענין שבועה מהני גם בערוה וא"כ איך שיהיה הרי הלכה רווחת בכמה מקומות דאין דבר שבערוה בפחות משנים ואיך אפשר לפסוק כמותו וע"כ דס"ל דהוי רק מדרבנן וכן הקשה שם אם נ"ל לר"פ ג"ש דדבר דבר א"כ אמאי שניהם מודים לא מהני מכל אלה הכריח הגאון נו"ב דלכ"ע היא רק מדרבנן. ולפענ"ד רחוק לומר כן וכבר אפשר ליישב קושיותיו ז"ל בדברי עצמו שכתב שם דוודאי ע"כ צ"ל דקבלה היתה ביד חז"ל דג"ש דבר דבר גם לענין קידושין נתקבלה דאל"כ מ"ש דשניהם מודים בלא עדים לא מהני ושניהם מודים שהיו הקידושין לפני עדים מהני וכקושית הרשב"א ומה שרצה הפ"י ליישב זה צ"ע דמה שכתב דאין אישות לחצאין איננו ברור כ"כ ובפרט לר"י דס"ל מעכשיו ולאחר ל' יום דאפילו מאה קידושין תופסין בה מכלל דס"ל דשווי שייר ושויא נפשיה כשרגא דליבני הרי ישנו לחצאין והיה צריך לחלק בין הך דהכא דחשיב שיור יותר ובין הך דהתם והוא רחוק ואין לנו אלא דברי הרשב"א ביסוד קושיא זו ולישב דבריו ז"ל צ"ל דקי"ל לחז"ל דנתקבלה הג"ש דדבר דבר גם לענין קידושין וכמ"ש הנוב"י בסי' הנ"ל ופליגי ר"פ ור"כ דר"פ ס"ל דאע"ג דנתקבלה הג"ש לענין קידושין לענין קיום דבר מ"מ לא מיעטה הג"ש רק אחד מאלו או לאפוקי מבלי עדים כלל ואם לאפוקי היכא דמכחיש אחד מהם דמהני הכחשה אבל ע"א כיון דמהני לענין ממון דמחייב שבועה מהני ג"כ לענין קידושין ור' כהנא ס"ל דלגמרי נתקבלה הג"ש לענין קידושין דלא מקיימא מלתא אלא בתרי סהדי וכמ"ש הרשב"א לפרש ועכ"פ רחוק הוא לחדש מה שפירש הנוב"י שם דדווקא במודים שייחדו וקבלו אותו להעיד על הקידושין מה שלא עלה ע"ד הראשונים כלל לפמ"ש בסוגיא ולא להלכה וכל הפוסקים מהרי"ל ומהרא"י ומהר"מ פאדווי והבאים אחריהם שכתבו לחוש לדעת הרא"ם ולא עלה על דעתו כלל לומר דבעי יחוד לעדות כלל והמ"מ בכתובות ד' כ"ג העתיק דברי הרא"ה מ"ש בשם הרמב"ן. והר"ן הביאו בקיצור ליישב קושית התוס' על הא דמשני ר"פ תירגמא בע"א ע"א אומר נתקדשה ועד אומר לא נתקדשה תרווי' בפנוי' קמסהדי תיפוק ליה דהוי קידושין בע"א ותי' הרא"ה בשם הרמב"ן דר"פ לשיטתו דס"ל המקדש בע"א חוששין לקידושין וכתב דאכתי קשיא פשיטא כיון דאיכא דמכחיש לי' מהי תיתי יהי' נאמן ותי' דס"ל דכיון דאתי עד האומר נתקדשה תחלה סד"א יהיה חשוב כשנים כמו בע"א אומר מת קמ"ל דכי קי"ל ע"א נאמן בקידושין דהיינו שהוא כשאר איסורין דקי"ל בהו דע"א נאמן אבל היכא דאיכא דמכחיש לי' לא מהימן ומפשיטות לשונו ז"ל יש ללמוד דלאו מדרבנן חייש ר"פ דא"כ אכתי פשיטא דמהני הכחשת עד ונראה עוד דס"ל להרא"ה והרמב"ן בטעמא דר"פ דחייש לקידושין משום דס"ל דהוי כשאר איסורין דע"א נאמן ויתכן לפענ"ד לפרש דבריו דס"ל דוודאי לא מיקרי דבר ערוה אלא א"כ באו להעיד על איסור ערוה שיש בו כרת או מיתה וכ"כ הנוב"י קמא באה"ע סי' כ"א ע"ש ומעתה אף לר"פ אם קידש בפני עד אחד אע"פי ששניהם מודים א"א לחייב הבא עלי' דאי תרצה לחייבו מיתה או קרבן בשוגג הוי דבר שבערוה ואינו רק בשנים אבל לאוסרה לעלמא הוי כשאר איסורין וזה כוונת הרא"ה והרמב"ן שכתבו דס"ל לר"פ דהוי כשאר איסורין (ולא ס"ל סברת הפ"י דאין אישות לחצאין ואולי משום דס"ל לר"פ כר"י בריש פרק האומר דיש שיור בקידושין דהתם אם בתוך ל' יום בא עלי' אחר נראה וודאי דלא קטלינן לי' כי לא מצינו אשה שחייבין עלי' מיתה ויהי' קידושין תופסין בה) ור' כהנא ס"ל דאין אישות לחצאין וכמ"ש הפ"י והיינו כר"א ר"פ המגרש דלרבנן גם בקידושין אין שיור דבעינן ויצאה והיתה וכבר כתב הר"ן ר"פ האומר בזה ור"ח שם פוסק כר"י דיש שיור בקידושין ואולי ג"כ ה"ע דרא"ש דפסק כר"פ וכדאמרן דהא בהא תליא :

וראיתי במכתבו שכתב דר"פ ס"ל כמ"ש הרמב"ן דגם בממון כל שאינו נשבע להכחיש העד הרי הוא כמו שנים ולא ס"ל כסברת הרשב"א שכתב נראה לכך אינו נאמן אע"ג דבממון חייב לשלם באומר א"י אם פרעתי והתם משום משאיל"מ וכתב מעלתו דזה הוי טעמא דר"כ אבל ר"פ ס"ל סברת הרמב"ן ורצה ליישב בזה קושית הט"ז והאחרונים על ב"ש והנה מלבד מה שדבריו רחוקים לפרש דפליגי ר"פ ור"כ באינו מודה רק לחלוק כמכוונתי דהרי אפילו הסמ"ג לא אמר הכי לר"כ אלא אפילו בשניהם מודים לא הוי קידושין כמבואר ושאר דחוקים ואולם מלבד זה כפלאו דבריו וכי להרמב"ן חייב בנסכא דר"א רק משום דאם אינו נשבע להכחיש העד הרי הוא כשנים ולא מטעם משאיל"מ כמ"ש הרשב"א איך אפשר לומר כן דהרי מבואר בג' מקומות בב"ב ובשבועות דרק מפני מתוך שאיל"מ מתחייב בנסכא דר"א וזה פשוט ומבואר בש"ך בכמה מקומות ועיקר' בסי' ע"ה ס"ק ל' ומ"ג ודברי הרמב"ן הן הם דברי הרשב"א בתוס' כמבואר בש"ך ואולם ליישב דברי הב"ש שלא יקשה עליו קושית הט"ז בסי' קע"ו ולומר דס"ל כסברת הרמב"ן וריב"ש בתוס' וכ"כ הב"ש להדיא דבריו אליבא דהריב"ש בזה כבר הביא ליישב דברי הב"ש באבני המילואים בשם בנו ואמנם איהו כיפי תליא לי' ליישב דלא תקשי דהרי התם דוקא בדאיכא שבועה אבל בקרקע וכיוצא דליכא שבועה לא כתב שם דדוקא בקרקע משום דגבי קרקע לא חשיב ע"א כלל לשום דבר אבל בקידושין דאם שניהם מודים שקדשה שלא בפני עדים לא הוי קידושין ואם קידש בפני ע"א הוי קידושין לר"פ א"כ חשיב ע"א לגבי קידושין וממילא לא מהני מגו כסברת הריב"ש והם דברים קרובים אף שאינם מוכרחים וזה גם לדבריו לא היה צריך לומר לר"א אליבא דהרמב"ן והריב"ש סברא דמשאיל"מ והמעיין בט"ז יראה דלריב"ש פשיטא לי' דלא כב"ש ולפענ"ד הא דקאמר הריב"ש והרמב"ן דע"א הוא כשנים כל שלא נשבע להכחישו היינו משום דע"א קם לשבועה ובשבועות התורה הדין דאם אינו נשבע אפילו אם ברצונו היה נשבע רק שאינו יכול חייב לשלם מ"מ כל שהעד זוקק לשבועה אם אינו נשבע להכחישו אין לנו להאמין במיגו כנגדו כמו דלא מהני מיגו במקום שני עדים וזה דווקא אם אמרינן מתוך שאיל"מ אבל אם לא היה משלם כשאינו יכול לישבע להכחיש את העד כמו בחשוד או בטוען א"י הרי אינו חשוב כשנים וא"כ מהי תיתי לא יהני מגו במקום ע"א ולפ"ז בקידושין דכיון דיכולים להכחישו אינו ברור כ"כ לומר דלא מהני מגו כמ"ש הב"ש ועכ"פ כיון דאיכא חשש איסור דאורייתא מי יקל בערוה לעוות דעת הגאון ב"ש :

ויש לעיין דאפשר דגם לדעת הר"י בתוס' בב"ב דטעמא דלא אמרינן מגו בנסכא דר"א משום דאע"ג דהיכא דליכא שבועה אמרינן מגו דאי בעי טעין להכחיש העד אבל לישבע כנגד העד לא אמרינן מגו דהיה יכול לטעון ולישבע כנגד דברי העד והנה הסברא ידוע בלא שבועה אמרינן מגו ובשבועה לא אמרינן נראה דה"ע דלא אמרינן מגו דהשוד האמונה חשיד אשבועה. והנה לר"י דס"ל דלא אמרינן מגו כו' חשוד אשבועתא והיינו כמו שכתב שם בתוס' ובנימוקי יוסף או משום דהוי תרי איסורא או משום דחמירא שבועה דכל העולם נזדעזע ואמרינן לכך דאע"ג דמעיז פניו להכחיש את העד בדבר שבממון שאינו חמור מ"מ שבועה דחמירא לא יעיז פניו לישבע מה שיודע שום אדם שהוא משקר או לטעמא דאביי דאמר משום ספק מלוה ישנה יש לו עליו א"כ גם כאן ניחא ליה לטעון חטפתי ודידי חטפתי ולשבע שאין העד יודע ומלטעון לא חטפתי ולשבע כנגד העד דאם לא ישבע הוי מגו כי יחשוב שהעד ידון

לומר

אותו לכף זכות שיש לו ספק מלוה ישנה עליו אבל אם ישבע ידע העד ברשעתו והרי"ף פי' כאביי. ועכ"פ לענין קידושין אם אמרינן הטעם משום דשבועה חמירא מגזל דהעולם כזדעזע מ"מ לא חמורה מכריתות ומיתות בית דין כמבואר ביומא דף פ' ובשבועות ר"פ שבועות הדיינים א"כ מכיון לכו דהוי מגו וכן לאביי ג"כ אינו בחזרה. (ויעויין בכו"בי תניכא באה"ע סימן ע"ו מ"ש בכו הגאון בזה לענין שבועה דלא שייך שנשבע מה"ע) אם כן אין לכו להוכיח מהך דנסכא דר"א דמוכח שם דאמרינן מגו להכחיש העד כשאין שם שבועה מכ"ל דאמרינן מכו להכחיש בקידושין ואף שיש לחלק מ"מ הבא להתיר באיסור קידושין לא מלא ראייה מנסכא דר"א מיהו גם בזה לריכין אנו לדברי האבני מלואים במה שכתב דהכא הוי כמו בממון לר"פ דחיים בשני עדים כמובן דהרי עכ"פ קושית התוס' שם בב"ב לריך ישוב וכבר אמרתי בזה ואכ"מ ובכידון שילא הקול שנתקדשה יש עוד לחוש מפני הקול אם הוא קול מפורסים ועיין בתשובת מהר"ס ר"פ סימן ל"ב בסופו ובח"מ סימן ע"ע סעיף מ' ובמ"ש הש"ך שם בסעיף קטן כ"ג:

והחלקת מחוקק בלאו הכי פליג על דברי הב"ח וס"ל דלא שייך כלל לטעם לשחוק נתכוונתי אם לא היה נראה לעינים דדברים שבלב אינן דברים והח"ל בסי' קע"ו חולק עליו דכיון דאם ידענו דללחוק נתכוונו לא הוי קידושין כאן שיש להם מיגו הרי ידענו שלשחוק נתכוונו ול"ע דהרי בקידושין דף כ' מוכיח תלמודא דדברים שבלב אינן דברים מהך דמעילה דאע"ג דאמרי לא הי' בלב אלא מזה והביא מזה אפ"ה בעה"ב מעל והתם הרי יש לו מגו כדמסיק שם דמלי למימר נזכרתי ורחוק לומר משום דלא הוי מגו מעליא וכמ"ש הרשב"א בחידושיו שם דמה בכך עכ"פ חזינן דמסיק תלמודן דלאו משום דלא מסיימן הוא הלא אע"ג דמהמכינן ליה דהוי הכי בלבבו אפ"ה מקרי דברים שבלב ואינם דברים וראיתי להגאון בית מאיר שהרגיש בזה וראיתי בהפלאה בחידושי הפוסקים בסי' מ"ב שכתב דלכך כאמן לומר להשטות ולא שייך לומר דברים שבלב אינן דברים דכיון דאין דרך לקדש בלא עדים סברא הוא שלא נתכוין לקדש ובדברים דמוכח לא אמרינן דהוי דברים שבלב ונפלאתי על דבריו ז"ל דכיומא להיפך דכיון דאין דרך לעשות שחוק ולהשטות בדבר גדול כזה וודאי משום אהבה וחיבה מיהרו לקדש כאשר מלאו והשבו דסגי בע"א (ולענין נדה אם אמרה טמאה אני לך וחזרה ואמרה טהורה אם אמרה לשחוק נתכוונתי איכה נאמנת אע"ג דהוי מלי למימר סבורה הייתי להיות טמאה וכמ"ש הב"ח בשם ס' התרומה אפ"ה איכה כאמנת) ולא דמי כלל למ"ש בתשובת להרמב"ן בסי' קס"ה בסופו והועתק באה"ע בסי' קמ"ע סעיף ב' בהג"ה כמובן ומה שהביא שם ראיה דכאמנת במגו דאל"כ תקשי מהתוספתא שהביא הרי"ף בגיטין דלא מהני יחוד לפני ע"א לר"פ אע"כ כיון דלא ידעו עדים דבעל לשם קידושין כאמן בע"א לומר שלא בעל לשם קידושין דאי בעי מכחיש זה ל"ע דהרי התם מיירי שראה ע"א שחרית ואחד בין הערבים וכתב הר"ן דאע"ג דלענין ממונא מהני מ"מ בעדות קידושין לא מהני וא"כ איך אפשר לומר שיהא כאמן מגו דאי בעי מכחיש דכיון דלענין ממון כאמן ורק בדיני כפשות לא מהני איך שייך לומר דכאמן משום דאי בעי מכחיש ואולי כוונתו דאליבא דר"פ באמת לריך לאוקמי ברייתא כמ"ד דאין מלטרפין מ"מ אחרי דמיירי לדבריו לר"פ באומר שלא בעל לשם קידושין א"כ להב"ש וח"מ אפשר לאוקמי במכחיש לגמרי כיון דס"ל לתוספתא דאין מלטרפין ולדעת הרשב"א בסי' ע"ט שהביא הב"י דלא אמרינן כל ששנים מחייבין ממון ע"א מחייב שבועה רק היכא דהם מלד עדותן בלבד מחייבין ממון ולא כשאנו מחייבין אותו ממון ממילא כמו בהוחזק כפרן א"כ אולי כ"ן דלר"פ לא מהני עד אחד רק משום דזוקק לשבועה בממון וכה"ג אף בממון לא הוי זוקק לשבועה ולכך ע"א ביחוד לקידושין:

ולפע"ד יש הכרח דלא אמרינן משתמא להשטות או לשחוק מכוון ודלא כדברי הפלאה ז"ל דהרי כתבו דמסתימות לשון הפוסקים מבואר דאם שניהן מודים אף שלא ייחדו את העד להעיד מהני ומדין זה בעלמו שכתבו לפלפל באם אומר להשטות או ללחוק נתכוונתי דכראה וודאי דמיירי דלא ייחדו אותו לעדות וכן בתשובת הב"ח לא ייחדו אותו לעדות כלל ואפ"ה דווקא משום דטעין משטה הייתי ולשחוק נתכוונתי מתירה הב"ח מכלל דאם היו מודים שנתקדשה באמת חששו לקידושין ואי ס"ד דכל מקדש בע"א אמרינן דמוכח דלשם שחוק נתכוין משום דאין דרך לקדש בלא עדים א"כ גם אם מודים מאי מהני הרי הוי כמקדש בלא עדים כלל וכמ"ש הב"ש בסי' למ"ד ס"ק ע' ועדיפא מהתם דהתם ספק אי הוי קרוב לה והכא אמרינן דמסתמא לשחוק נתכוונו ואם שם לא הוי קידושין כמ"ש הב"ש בשם הג"א. ולפענ"ד דאין להתיר בלא גט שלא במקום עיגון גם כי אמרו להשטות נתכוונו וכדברי הח"מ וב"ש וכ"ש בכידון זה שהחזיקה הטבעת ג' ימים אללה וכמ"ש מעכת"ר כי' וגם מלד שאומרה קדשני הי' ראוי לומר כן כמ"ש מעלתו כי' אלא שהב"ח בתשובה ג"כ אמרה קדשני ואפ"ה לא חיים לה ומ"מ כיון דהח"מ וב"ש החמירו ודבריהם לפענ"ד קרובים מי יקל להם ומפני אבן שהי' בטבעת פשוט שאין לירף להקל וכ"ש שאמו הטבעת תחילה דברי ידידו הקטן מאיר א"ש

סימן לז

שאלה

ב"ה יום ה' יו"ד תמוז תרי"ל פה פעטשי ניידארף יע"א:

לאדוני מו"ר גאון עוזכו מחמד לבכו ומגן בעדכו ידיד נפש עבדי ה' ולו כל חמדת ישראל ה"ה הדרת קדושת כבוד הרב הגאון הגדול מופת הדור וחכמיו פאר הזמן וקדושיו כש"ת כמו"ה מאיר א"ש כי' יחי אדוני לעולם:

אשתחוה ואכרעה מרחוק מול הדרת גאון אמ"ו כי' יאר נא אדוני פניו אל עבדו ויורהו מה יעשה בדבר הקידושין המבוארים היטב בגביית העדות ופה אשאלה בקילור כי נער אחד פה במקומנו בלכתו בש"ק לטייל תוך רחוב העיר ועמו עוד שני נערים נטה ללד הרחוב אשר עומדה שם נער' א' עם רעותיה ויאמר הנה יש לי טבעת יפה ותאמר הנערה הראני אותה ויאמר לא כי אנוכי אנסה אותה על ידך ותושט לו אלבעה וישת את הטבעת על אלבעה ויאמר „הרי את מקודשת לי בטבעת זו מיין כפרה ביסט דוא פיר מיין באשענגס קוה." וככלותו לדבר שלף הטבעת מעל ידה וילך ויאמר בלכתו כו הילט האב איך דיך מקדש געוועזען ותאמר הנערה „איין געפראס" שני הנערים אשר התלוו עמו ראו את המעשה אך חילוק ביניהם כי האחד ראה את הנער והנערה בשעת מעשה והם ראו אותו. אך השני אם אמנם גם הוא ראה אך איננו יודע האם הם ראו אותו כי הוא עומד מן הלד. והנערה מחלטת שלא ראתה אותו כלל ולא ידעה ממנו כל הנערים וגם הנערה הנ"ל הם כי"ד או ע"ו שנים. והנה לא עלה על לבם שיש כאן חשש קידושין אך אח"כ נתודע עפ"י קיבה והעירותים שיש כאן ש"ח ולא רלו להאמין כי כל הענין מראש עד סוף היה דרך שחוק ומעשה ליצים ועתה אשא עיני אל אדמ"ו הגכ"י ירא נא וישפוט יגזור אומר ויקם ולמען חסדו ואהבתו לתלמידיו תיקר נפשי בעיניו ויערב עליו שיחי אשר עוררתי בענין זה. ויסלח בטובו אם הרבתי טעמים וסניפים להתיר כי לא יבזו לשוחה בשטף מים כבירים אם יאחז בכל קנה רלון לחתור היבשה ולהמלט כן אכי בעניני איסות הרבים והעמוקים. ולפענ"ד יש לעמוד:

א והוא העיקר האם נחשב קי' אלא לקידושין בשני עדים או לקידושין בעד אחד. ושוב אם נאמר דהוי רק קי' בעד אחד אם נאמן להמקדש ולהמקודשת שהיה הכל דרך שחוק והיתול. והנה מבואר בכל הפוסקים ובאה"ע סימן מ"ב סעיף דבעינן שהעדים יהיו נראים להם בשעת קידושין

ובמעשה זה שלפנינו לא השגיח העד השני האם ראתה הנערה אותו. והיא אמרה והחליטה שלא ראתה. ולפי שיטת הפוסקים דבמקום דלא איתחזק נאמן עד אחד אף בדשב"ע וכן מסיק בנו"בי בכ"מ להלכה. א"כ היא כאומרת שלא ראתה את הנער השני. והוי רק קי' ע"א. דנגד השני שלא ראתה אותו כאומרת דלשחוק כיוון ובין לטעמו של מהרמ"פ בין לח"מ ובין למהר"ימט אותו העד השני כמאן דליתי' כיון דטענו שניהם דהכל הי' לשחוק בעלמא. והא עדיפא ממעשה שבתשו' מהרמ"פ סי' ל"ב דהא טוענות דלשחוק כיונו ושוב נשאר לדון אם כנגד הע"א נאמנים דלשחוק כיונו. דהיינו נגד אותו הנער אשר הי' רואה ונראה להם דלשיטת ב"ש ס"ק ו' אליבא דב"ח דלהשבועות אינה טענה רק במיגו דלהד"מ ובנידון שלנו אינם יכולי' לטעון להד"ם דהא על עיקר המעשה יש לנו ב' עדים. ומכ"ש לשיטת ב"ש בעצמו דלעולם אין נאמן בלהשבועות גם נגד ע"א ואולם גדולי אחרונים נוטים לומר בדעת הב"ח דלשחוק כיון הוי טענה מעליא נגד ע"א אף בלא מיגו דלהד"מ יעוי' בנו"ב ובנה"ש שם ובס' בית מאיר. ואף דלכאו' קשי' א"כ בברייתא דהוא אומר קדשתיך והיא אומרת ל"ק וכו' לפי הסו"א דמיירי בע"א למה הוא אסור בקרובותיה ומדוע לא כתרץ דבריה או היא תתרץ לא כיונתי לקידושין אלא לשחוק אע"כ דעיקר נאמנות דלשחוק כיון היינו מכח מיגו דלהד"מ וכאן הבעל יודע שקידש אולם י"ל כיון דאומרת לא קידשתני והיה לה לומר לא נתקדשתי אע"כ שמכחשת לומר שהוא לא עשה מעשה הקידושין מלבו והוא דומה למש"כ תוס' שבועות מ"א ע"ב דכשאומר להד"מ לא מהדרינן דיבורו לומר שפרע יעו"ש. גם יש לומר דדוקא כשמוכחש משני עדים אז כתרץ דיבורו ועכ"פ למסקנת גדולי אחרונים נאמן בלהשבועות בלא מיגו ויש לסמוך עליהם בכה"ג. ואמנם כ"ז לשיטת הפוסקי' דע"א נאמן אף בדבר שבערוה בדלא איתחזק אז אין לדון רק נגד הע"א משא"כ לכת החולקים אך כלענ"ד דיש לנו ללמוד דבנדון כזה אף להחולקים יש לומר דלא הוי עדות של שנים והוא לפי' דעת מהרמ"פ והיא דעת רמ"א ג"כ שכתב דלכך בעי' שיהי' העדים נראים דאל"כ יכולי' הם לטעון לשחוק כיונתי ובמקום שיכולים לטעון אז העדות בטלה שאינם עדי קידושין יעו"ש וממילא כיון שהע"א אינו יודע האם ראתה אותו והיא טוענת באמת לא ראיתיו שוב אינו עד. דהעד צריך לראות שהיא תראה אותו וטעמו של מהרמ"פ נראה שכל המקדש באמת אז משגיח שיהי' העדים רואים מעשה הקידושין דהא צריך להיות דוקא לפני עדים כדי שיהי' מעשהו קיים וממילא כיון שמשגיח שיהיו העדים רואים אותו ממילא הוא רואה את העדים כך נ"ל ולפ"ז אין אנו צריכי' לנאמנות שלה דהא סוף סוף אין עדים על הקידושין דהרי יכולי' לטעון לשחוק וכן טוענים באמת כנלע"ד ברור לשיטת מהרמ"פ ומה שאנו צריכין לדבריה הוא רק דאם לא תטעון לשחוק כיונתי הוי כאומר לא ראיתי וכאילו הודתה בקידושין. אמנם מכיון דטענה לשחוק כ' ולא הודתה שוב הקידושין בטלים מצד שהם בלא עדים דבכל מקום שיכולים הבעלים להשתמט מהקידושין הוי כמקדש בלא עדים. ולכאורה אנו יכולין להחליט עפי"ז דהוי רק קי' ע"א מכח ס"ס כ' כשיטת הפוסקים דע"א מהימן בדשב"ע היכא דלא איתחזק אי' ואף להחולקי' מ"מ דילמא כסברת מהרמ"פ ודעימיה וכנ"ל :

ורציתי להמציא דבר חדש דבמקדש בפני ע"א ותוך כ"ד חזר מהקידושין חזרתו מהני ול"א בכה"ג תוך כ"ד בקידושין לאו כדיבור דמי. דהנה הר"ן בנדרים כתב הטעם דבמקדש ומגרש תוך כ"ד לאו כד"ד משום דאלימי' אדם עושה אותן בהסכמה חזקה שלא לחזור בו אף תוך כ"ד. וא"כ הניחא בקידושי תורה שעל ידיהן היא אשתו והוא אישה לכל החיובים והתועליות והמגרעות שמקבלין זמ"ז והקשר אמיץ ביניהן ובוודאי בדבר אלים ותקיף כזה אדם עושה בהסכמה חזקה אבל בקי' בע"א דלפי מסקנת נוב"י אף המחמירין מודי דלא הוי רק חומרא דרבנן לאסרה להנשא לאחרי' אבל באמת גם למקדש עדיין אסורה בלעדי קידושין גמורים בב"ע והיא לא אשתו והוא לא אישה וכל עניני אישות אינם נוהגין ביניהם ואין בקידושין האלה אלימות ותוקף כ"כ והדר אמרי' כבכל התורה כולה תוך כ"ד כדיבור דמי ולפי"ז בנדון שלפנינו כיון שבתוך כ"ד חזר בו ואמר מיין כפרה וכו' דברי שחוק והיתול. שלכל הפחות הוי חזרה מהקידושין לחרות חרוזי שחוק וליצנות. וגם שלף הטבעת מאצבעה. וכ"ז הי' תוך כ"ד ובמקדש בע"א הוי כדיבור כך הי' נ"ל לחדש לולא דמסתפינא — ועוד הי' נ"ל דאף לשיטת הרמב"ן ור"ת דס"ל להיפך דמדין תורה בכ"מ תוך כ"ד לאו כד"ד רק חכמים הקילו ובקי' וגירושין הניחו על דין תורה מ"מ הרי הקשה ר"ן הנ"ל איך יפקיעו חכז"ל דין תורה בשביל שאילת שלום. והי' כלענ"ד טעם רבותינו אלה דהרי לדעתם ע"כ כאמור שבכל הענינים שבעולם אדם עושה אותן בהסכמה שלא לחזור. אמנם תקנו חכז"ל שיכול לחזור וממילא שוב אינו עושה בהסכמה חזקה כ"כ ונעשה ממילא דין תורה. רק במקדש דלא הרשוהו חכז"ל לחזור קם דין תורה שעושה בהסכמ' חזקה כך נ"ל בטעמם וממילא י"ל דבמקדש בע"א דלא אלימי הרשוהו חכז"ל לחזור כבכל מקום וכדיבור דמי. וכדומות ראיה לזה מדברי ב"ש סק"ו דכתב דאינו נאמן דלשחוק כיון רק בשאומר בפירוש בשעת קידושין וקשה אימתי אמר כן. אם קודם הקידושין עדיין אינו מוסכם דהא לשיטת רשב"ס אם ביטל ומסר מודעא קודם הגט. אמרי' דבכתיבת הגט ביטל אותה המודעא יעויי' באה"ע סי' קל"ד סק"ב א"כ ה"נ חיישינן דבמעשה קידושין ביטל דבריו הראשונים ואם אומר תוך כ"ד או לאחר כ"ד הא לא מהני אע"כ מיירי תוך כ"ד ויען דבמקדש בע"א אמרינן תוך כ"ד כד"ד :

ומכ"ש אם נאמר כרשב"ס ב"ב קל"ד דבמקדש ומגרש גופיהו הוי רק מחשש לעז דלאו כד"ד דבוודאי במקדש בע"א לא נחמיר לחוש ללעז בעלמא :

ב' יש לי לעמוד בנידון זה דלא נתגלה לנו ולעדים שום רצון מצד הנערה שנתרצתה לקי' דומה לדין שברמ"א סימן כ"ח סק"ה ובש"ע סי' ל' סעיף ו' ואף לשיטת ב"ח דס"ל דוקא זרקה בעינן וכהגהת ח"מ בהגה"מ סי' מ"ב סק"ב. מ"מ יש לדמות ענין זה למעשה שבנוב"י ח"א סי' כ"ט כיון שמיד בגמר דבריו שלף הטבעת והלך לו. והנה במעשה שבנוב"י שאמר הרי את מקו' לי וודאי "לשון שפוך מים" התיר הגאון ז"ל מב' טעמים אחד לפי שלא סילק ידיו מהחפץ עד שאמר לי וודאי א"כ חזר בו קודם חלות הקי'. ועוד לפי שלא גילתה רצון להתקדש ולא מיבעיא לרמ"ה סי' כ"ח סעי' ד' בהגה"ה ובסי' ל' וודאי איכא מקו' אלא אף להגהת מרדכי בסי' מ"ב והיא שיטת ב"ח דבזרק לתוך חיקה ולא זרקתה מקודשת מספק מ"מ הא טעמא דהוא"ל למשדייה ובמעשה דשם לא היתה צריכה להשליך החפץ דהרי הוא קודם שסילק אמר לי וודאי. וידוע לה שלשחוק כיון ע"כ לא השליכתו עכת"ד וגם בעובדא דידן קודם שסילק ידיו אמר החרוזין של שחוק וגם שלף הטבעת מידה וא"כ וודאי לא היתה יכולה להשליכו ועדיפא מנדון נוב"י ז"ל ושוב אין לנו שום גילוי דעת מצדה. על התרצותה לקידושין :

הן אמת דלעני בדעת כמוני תמוה לי מש"כ נוב"י בטעם הא' דהנה בשנים אוחזים חפץ בידיהם אם יוכל האחד להקנות עי"ז להשני. המחבר בח"מ סי' קצ"ה סעי' ג' פסק כרמב"ם דכל שיכול לנתקו להביאו אצלו קנה ורשב"א חולק יעויי' הג"ה וכ' ש"ך שם ב' תירוצים על הסתירה מסי' רס"ע. הא' דגם להרמב"ם והמחבר אינו מועיל רק בקנין חליפין דהוי קני' ע"מ להקנות. והב' דעכ"פ דוקא בדעת אחרת מקנה מהני ואף במכר וכדומה. והנה במעשה הנ"ל אם תוכל האשה לנתק החפץ אצלה לתירוץ הב' של ש"ך הרי היא קונה מאז ומקודשת אף שעדיין לא סילק המקדש ידיו :

ונהי דלשיטת רשב"א דס"ל דעכ"פ מה שבידו קנה לא קשיא א"כ נימא קנתה מה שבידה ונתקדש. דהרי הוא מקדשה בכל החפץ כמובן אבל הנ"ל קשה — ולענ"ד מש"ע א"ח סי' תרכ"ה ס"ו מוכח דכשאוחז בידיו את האתרוג עם

התינוק . קנה התינוק . דאל"כ מה הועיל אם לא קנהו התינוק ללאת בו ויעו"ש :

ואולם הי' כ"ל דאפילו לתי' ש"ך הראשון מ"מ בקידושי אשה מקודשת בכה"ג בשיכולה לנתק אללה . משום דדוקא במקום שרולה לקנות חפץ גופו הלריך קנין משיכה . שם לא מהני בשבניהם אותזין בו . אבל מעות הקונים בקרקע וקידושי אשה א"ל לעשות בגופם קנין אלא מכיון שילאו המעות מרשות הלוקח לאותו מקום שחפץ בו המוכר . מהני לקנות החפץ והקרקע ולהתקדש האשה . וכן מוכח מתן מנה לפלוני והתקדש אני לך דמהני אף בלא שליחות וזכייה כגון בנכרי . ולשיטות הרבה פוסקי' אף בזרוק מנה ליס מהני להתקדש ע"י ולהחולקי' בעינן בן דעת . אבל עכ"פ בהם נעתק המעות מרשות המקדש למקום שא"י להחזירו וכרלון האשה נגמרו הקידושין ע"י המעות וגם במוכר קרקע נקנו הקרקע והמעות . דכבר נתקיים נתינת המעות מלד הנותן כמו שנתקיים ונתן לרעהו גבי חליפין כי המעות עלמם אינם לריכין קנין להיות נקנים ולכל היותר הוי קני ע"מ להקנות וממילא מהני באופן הנ"ל רק היה נלענ"ד וכמדומני הוזכרה סברא זו בראשונים דמעות עלמם א"ל לקנין :

ואולם י"ל עובדא דנוב"י איכו מוחלט שהיתה יכולה לנתק החפץ אללם . ואפשר גם בנדון שלפנינו לא היתה יכולה . ואין לעמוד על הבירור :

אך עכ"פ היתר השני של נוב"י שייך בעובדא דידן כי לא היה גילוי רלון מלד הנערה לפי שלא היתה לריכה ולא היתה יכולה להשליך החפץ — ואמנם גם בזה יש להעיר כי לדעת הרמ"ה שפי הבנת הב"ח בדין זרק לתוך חיקה ולא זרקתו וכן הגה"מ שבשי' מ"ב וכן בעובדא נוב"י . בכל אלה ברור לנו שהיא לא עשתה דבר לגלות רלונה וניחותא דידה . ושפיר אמרי' כ"ז שלא גלתה דעתה להתרלות אין כאן קידושין אבל בעובדא דא שלקח הנער את ידה שלא בחזקה רק היא הושיטה אלבעה וכשי שעשתה רק לנסות הטבעת מ"מ י"ל דמיד כשאמר הרי את וכו' היה לה למשוך את ידה וא"כ יש להסתפק אולי מרלון טוב הניחה את ידה לגמור מעשה הקידושין וכמי אלו זרקתו א"כ היה לנו הוכחה דהנערה לא היתה ברלון אבל אחרי שלא זרקה עכ"פ אין לנו הוכחה להיפך . ובמקנה דף ז' ובק"א כתב דבספק אם נעלתו לרלונה אם לא אז בעי' זריקה לבסוף דאל"כ הוי ס"ק . ואמנם לענ"ד אף בספק בעיקר הנעילה כל שנסתפקנו אם נעלה לרלוי קידושין אם לא אנו מתירין לכל הפוסקים הנ"ל . ומוכח מהא דכנסי סלע זה לחוב וחזר וקידשה בו דאינה מקו' ושם אין הוכחה דנטלה לחוב ומ"מ לפי שאין הוכחה שנטלה לשם קי' אין כאן כלום דאנן בעינן הוכחה וגילוי רלון מלד המקנה כדרך כל מקנים דבר לאחרים . וזה לכאורה דלא כמקנה הנ"ל :

ובפתירת דברי הפוסקים מסי' כ"ח ול' אסי' מ"ב שהקשו מפרשי ש"ע ותי' של ב"ש קשה מאוד . ולולא דמסתפינא הייתי אומר דבסי' מ"ב מיירי שלקח את ידה ומשכה אללו בתוקף ובחזקה אחרי שגילה רלונו שרולה לקדש והיא היתה מונהגת לתת לו את ידה ואמנם כאשר לקחה בחזקה הניחה את ידה אללו . וא"כ אנו מסופקין אם מה שהניחה ידה הוא מפני שכבר נתרלתה כי כן דרכן תחלתן קשה וסופן רך . או שמחמת ראתה שהוא תקיף ממנה לא משכה עוד ידה לאחור . אבל לא מפני רלוי . ובשביל ספק זה בעי' א"כ הוכחה . דאם זרקתו א"כ הרי שלא היה ברלון ואם לא אז הוכיח סופה ע"ת . ואינו דומה מה שאינה זורקת הקי' מתוך חיקה למניחה את ידה אללו כנ"ל נכון :

ג' עוד יש לי לעיין דלכאו' י"ל על המקדש כיון דמיד אחרי שנתן הטבעת על אלבעה שלף אותה ולא הניחה בם הרי זה דומה לנטלתו וזרקתו לים . דגלי דעתה דהנטילה היתה רק לזרוק ה"נ כימא גלי אדעתיה דלשחוק עשה . ובאמת יש לחלק בין המקדש להאשה המתקדשת . דהא הברייתא נקט דווקא בדידה ולא בדידיה יהיינו טעמא דמכאן הוליא הר"ם את דינו שבקיונן כ"ח ול' להבנת ב"ח ורמ"א כל חד כדא"ל . דמשם מוכח דלריך להיות בירור על דעתה וגילוי רלונה . ובמקום שאנו מסופקין בדעתה ל"ה קידושין כלל דאנן בגילוי דעת בעינן במוכר ומקנה (אף שהאשה אינה במוכרת את גופה כדכ' ר"ן) אבל דלב"ח מניעת הזריקה היא שהוכחה ולרמ"א בעינן מעשה ממש להוכחה . אבל בלעדי הוכחה אין התחלה לקי' כמו מוכר ומקנה והתינה בדידה אבל המקדש כיון שאמר לשון קידושין שאמק"ל כבר גילה רלונו ואם אח"כ יחזור לא מהני אף בתכ"ד ויתישב בזה קו' מקנה דהק' מה מהני זרקתו לים שמא עכשיו חוזרת בה . ולהנ"ל כיון דאין בירור גילוי רלונה לפנינו אין מקום לקידושין . ועליך להביא ראיה שנעשו קידושין בשעה שנטלה : ובלעדי גילוי רלון בפועל אין מכירה ולא הקנאה ולא קידושין :

אולם מה דפשיטא בספר נו"בי הנ"ל דבאמר לי ומאדי הוי חזרה . והיינו דמתחלה כשאמר האמק"ל ודאי לקידושין נתכוון רק אח"כ חזר בו ואמר שחוק הנ"ל ותוך כדי דיבור לאו כדיבור דמי יש לי לעמוד ע"ז דדווקא במקום שדיבורו השני סותר להראשון והיפך ממנו אז אמרינן לכד"ד יעויין ב"ק ע"ג בתוס' ד"ה כמלך דמפרש דבריו לא שייך נמלך ור"ן כתב דמקדש ומגרש ל"א תוך כדי דיבור כדיבור דמי משום דאלימי' ואינו רולה לחזור והיינו במקום שידענו בטח דמתחלה היתה דעתו לקי' אז אמרינן דאין חזרה מועיל · אבל כאן אנו אומרין שמעולם לא כיון לקידושין כי אם לשחוק והכל ענין והמשך אחד ומפרש דבריו שכוונתו לשחוק דומה למה שאמר ר' יוסי הואיל וא"א לומר ב' שמות כא' . ועכ"פ אין כאן רק ספק אולי חוזר ואולי מפרש דבריו ובכה"ג לשיטת נו"בי הם כאמנים דהכל שחוק היה ואין כאן נמלך כלל והוא ממש כדברי ב"י בטור סימן ל"ח כשהקשה על הרמב"ם דבמעשה ממש קודם לתנאי ודאי פשיטא דלמ"ה דתוך כדי דיבור לכד"ד ותירץ בית יוסף דגמר דברים הוא . וכן במשכביו לרמב"ם מהני תנאי אף אחר מעשה ממש ול"א תכ"ד לכ"ד משום דהכל ענין אחד יעו"ש . וכן דרך השחוק להסתיר תחלה ולגלות אח"כ . ואם יאמר מתחלה השחוק לא יעלה בידו ע"כ הסתיר וא' האמק"ל עד שגילה כוונתו של שחוק והכל ענין אחד . כנלענ"ד נכון דעכ"פ לשיטת נו"בי הם כאמנים כיון דלא איתחזק :

ד' בסימן כ"ח סעיף ג' האומר כנסי סלע זה בחוב והתקדשי לי בו אינה מקודשת דמלי אמרה לפרעון קבלתיו ובהגה"ה י"א דבאומר לא לפרעון אלא לקי' מקודשת ע"כ ולא ביאר לנו מהו הדין באומר תחלה כנסי סלע זה לחוב וחזר ואמר הרי את מקודשת לי בתם מהו . אולם בתשובת רשב"א אלף רכ"ז כתב וז"ל וכן משמע לי מן התוספתא דתניא אומר לה הילך סלע זה שאני חייב לך ואמר בשעת מתנה הרי את מקודשת לי רולה מקודשת לא רולה אינה מקודשת . ולא קתני חזר ואמר לה לא לפרעון אלא לקי' וא"כ כשחזר ואמר לא כי אפשר דמקודשת עכ"ל ומדבריו מבואר דבאומר תחלה לחוב ובשעת קידושין א' האמק"ל אינה מקודשת וביארו הראשונים דבפקדון בכהאי גוונא מקודשת משום דאין לה רשות להחזיק חפליו בפקדון בעל כרחו אע"כ לקידושין מעתת התינח אם מעכבתו אללה אבל כאן הוא אומר שיכנסה לה הטבעת כאשר ביקשה לראותה וכן עשה וניקה לה באלבעה ואין בזה עון אשר חטא מדוע לא תוכל לומר לנסות כונתי דהרי לא אמר לא כי אלא בשעה שנתן על אלבעה אמר האמק"ל והיא אומרת לנסות כונתי כאשר אמר ואף אילו שהתה אותה משך זמן הנסיון הרגיל אין בזה עון ומכ"ש שלא עשתה מאומה ואמרי' רולה מקודשת והרי אמרה איין געפרלאט ומתחלה עד סוף לועקת שלא נתכונו לקידושין כנלענ"ד ברור וכאן כ"ל לאדם עוד הנה רשב"א הנ"ל כ' דבמקום שאינה רשאית לעכב דמקודשת אף שהזכיר ג"כ לפקדון וכן כשחייב לה ולא הזכיר שנתן לפרעון ג"כ מקו' ולא שקיבלה לפקדון או על

תחוב

החוב משום דטב למיתב טן דו ע"כ אנו נוטין לומר שלקחה לשם קידושין וכ"ז א"ש במקדש בפני עדים אבל במקדש בע"א דעדיין לא יתבא מן דו וצריכה קי' ומחדש רק דהוסיפה ע"ע איסור חכז"ל להנשא לאחר בזה לא שייך ס' רשב"א ז"ל כמובן ושוב אין הוכחה שכונתו לקי' אפילו אינו הי' נותן מתחלה לשם פקדון ומכ"ש שעשה רק לנכות ואין לה בזה עון אשר חטא ככ"ל:

ה' יש כאן אומדנות גדולות כי הנערה לא עלה על לבה שום דבר מענין קידו' וגם הנער ניסה את מהתליו מתחלה בנערות אחרות ולא עלתה בידו · מצורף לזה דרב מיגגד דמקדש בשוקא ולדידן עכ"פ פריצות הוא וגם דאסור לקדש בשבת. ובוודאי לשחוק כיוון. וגם הנערים והנערה אולי אין להם סימן גדלות. ולא רציתי להכניס את עצמי לבדקם אבל א' נבדק ולא נמצאו אתו. ולחוש שמא נשרו חומרא היא לרוב פוסקים אחרונים. ובצירוף כל הטעמים הנ"ל היה נראה לענ"ד דאפשר להקל ולא לחוש אף לביטול קול. כאשר מראש עד סוף לא נשמע קול שנתקדשה רק להיפך ישיחו בשער משחוק וליצנות. והאפה כי אדמ"ו הג"כי בכחו הגדול יתיר אגודות ספקותי׃ וכשומרים לבוקר איחל לדברי קדשו. כי יאירו נרי ויגיהו חשכי. כה אגרה עבדו נאמנו תלמידו היושב בסתר קדושתו וצדקתו. ובצל תורתו יתלונן. משתחוה אפים ארץ מול הד"ג אמ"ו כ"י:

ואגב אציעה פה מה שנלענ"ד בפירוק קושית העולם בסתירת דברי ר"ן ז"ל דברים גטין ובקונ' דשלים כתב דהא דדבר שבערוה אינו פחות משנים היינו אף בדלא איתחזק איסורא ובקידושין ס"ג גבי קידשתי את בתי כתב דלכך נאמן לומר אני קדשתיה אף דהוי דשב"ע משום דאינו נגד איתחזק דממנ"פ היא בחזקת א"א לאחד דהא האב נאמן עכ"פ בקידשה לאחד. נשמע מדבריו דבדלא איתחזק נאמן ובהקדים קו' מהר"י בן לב דהק' מה צורך לכך כיון דטעם נאמנות הע"א משום דאין אדם חוטא וצ"ל או דמירתת כמבואר בקונ' והנה חזקה זו עומדת נגד הא"א ומה צורך לסברת הר"ן דלא מיקרי איתחזק יעו"ש שוב הקשה שב שמעתתא מהא דס' וכי' ע"א דיכיח והא באבידה אין חזקת ממון למוצא ומ"מ לא מהני ע"א. ועדיפא הו"ל להקשות מדברי ר"ן עצמו בחולין פ' גה"נ בקונ' דעב"ע כתב להדיא דע"א נאמן באבידה משום חזקה אין אדם חוטא ויסתור דברי עצמו וגם הוא נגד הש"ס הנ"ל דיכיח ועוד כמה קושיות יתבארו לקמן׃ ונראה בירורן של דברים הנה קרא וגז"ש דדבר דבר. באמת איירי רק במקום שחזקה מתנגדת רק בלא איתחזק דמנ"ל לחלוק. והתיר אין נאמנות לממון ולדשב"ע כ"א בעדות של שנים. אומנם לעומת זה במקום שמכח סברא גדולה נתברר לנו הענין אז אין עדי ידיעה כמש"כ ר"ן בעדי חתימה דמהני מה"ת דאין עדי מסירה במוכר וודאי ליד אשה וכמו כן בכ"מ דברור לנו עפ"י חזקה של סברא אנו עדים בדבר והוי כאילו באו עדים ומועיל אף בדשב"ע. ועפי"ז בע"א אומר אני קדשתיה בקי' ס"ג דברור לנו עפ"י חזקה אין אדם חוטא או דמירתת. שאינו משקר א"כ אנן עדים בדבר אבל לעומת זה כתיב בקרא לא יקום ע"א וכו' והוא אזהרה על הב"ד שלא יקבלו עדות הבא כנגד איש לחייבו עונש או קרבן או ממון או לאסור את המותר אם הבעלים מכחישי' או אינם יודעים. וכן הוא אזהרה על העד שלא יעיד כה"ג וסמ"ג כתב דלוקה העד שעובר ע"ז ומעיד. וא"כ כהי דברור לן שעד זה לא שיקר אבל אין רשאין לקבל עדותו ואינו יכול להעיד כנגד חברו וכנגד החזקה. כמש"כ תוס' ר"פ אמרו לו. אך קרא זה לא כתיב כ"א במקום שמעיד נגד חזקת פטור של חברו או כנגד חזקת היתר של חפציו. לחייבו קרבן או ממון או לאסור עליו את המותר עפ"י חזקה. וממילא תרתי בעינן בעדות של ע"א. אחד שנאמן ע"א כהדי וזה יצאנו גזה"כ דדבר דבר. ועוד צריך שלא יהיה נגד חזקת פטור והיתר כדי שיוכל לקבל עדותו ולא כלא חוץ לגדר לא יקום ע"א. דהיא אזהרה שאין ע"א יכול להעיד ולהתקבל נגד חזקת פטור וכדומה. והנה בריש גיטין בשליח המביא גט דלא שייך חזקה א"א. דהרי הוא נוגע בדבר א"כ אין אנו עדים עליו וכהי דלא שייך קרא דלא יקום באם ליכא חזקת א"א אבל מ"מ גז"ש דדבר דבר קאי אדוכתיה ושפיר כתב ר"ן אף דלא איתחזק בעי' ב' וכן בשליש ואשה דכותיה אבל בקי' ס"ג גבי קדשתי את בתי כיון דהקדימו דחזקה הא"א וכו' ומרתת א"כ שוב יצאתי מידי חיוב דבר דבר דהא אנן עדי ידיעה בבירור. אלא דנשאר קרא דלא יקום וע"ז כתב ר"ן שפיר דליכא נגד חזקה דממנ"פ היא מקודשת לא' ויצאנו ידי כל חשש. ולק"מ קו' מהר"י בן לב הא יש חזקה א"א וכו' דמשום זה בלבד לא יצאנו ידי קרא דלא יקום׃ אינו היה נגד חזקה: וא"ש:

ובאבידה נמי דליכא חזקת ממון ולא עבר אלא יקום הא מ"מ כל דבר שבממון בעינן שנים מגזרת הכתוב על פי שנים עדים וכו' וממילא בעד אחד באבידה דיש לנו חזקה דא"א שפיר כתב ר"ן דמהני. דאנן סהדי. אבל בסימן וסימן וע"א. שפיר קאמר רבא את"ל סימן דאורייתא כי' וע"א יכיח. דכיון דסימן דאורייתא א"כ גם סימנין הם סברא ונהי היית לסמוך על סברא דהא"א יותר מעל סימנין הילכך יכיח עד שיבואו שני עדים ומיושב למה נקט רבא דווקא את"ל סימן דאורייתא דאי"ט היה סימנין דרבנן. א"כ אין בסימנים סברא דאורייתא לסמוך עליהם רק חכז"ל בכח הפקר ב"ד תיקנו להחזיר אבידה ממון של ספק לנותן סימנין: אבל נגד עד אחד דמהימן מה"ת מכח חזקה הא"א וברור לנו מה"ת שהאבידה של זה שהעד מסייעו׃ בוודאי לבעל העד מחזירין כי ע"ז לא תקנו חכז"ל׃ אלא אי סימן דאורייתא אז יכיח דהוי סברא לכאן ולכאן. ומיושב ג"כ קושית פ"י ומקנה בקי' ס"ג דהקשו עדיין לבתר שהאמינו לזה שאומר אני קדשתיה ונתן גט איך מתירין אותה להנשא א"כ הא הוי נגד חזקת א"א יעו"ש שנדחקו. ולהנ"ל א"ש דוודאי קודם הגט אנו קורין קרא לא יקום דאינו רשאי לקום נגד חזקה וכה"ג וע"כ צריכין אנו להיתר הר"ן דממנ"פ לא' נתקדשה אבל אחר שכבר קבלנו עדותו ואתכנו הדין כדת שהוא יפטרנה. ממילא מותרת להנשא כי מעתה שוב אינו קם כלל וכלל כי כבר נעשה ונחתך על פיו בהכשר דומיא דהי' על פי עד אחד יוחזק לחייב אח"כ עונש וכה"ג כי לא קרינן עוד לא יקום. שכבר נעשה מעשה וא"ש׃ ובהמשך לזה היה נ"ל גם על דברי ספרי דמייתי פ"י ריש גיטין׳ דדריש לא יקום עד אחד באיש אבל קם לעדות אשה שמת בעלה ופ"י מרעיש דמבואר להדיא בכ"מ דעד אחד בעגונה מדרבנן מתוך חומר דייקא וכו'. ולהנ"ל כן אמת חכמ"ז"ל תיקנו כל החומר וכל הדרכים הללו בה וממילא היא דייקא מעיקרא וחזקה בוודאי העד מגיד האמת והוי אנן סהדי ול"ש אין דבר שבערוה וכו' אך מ"מ קרא דלא יקום מונע שאין רשאי להיות עד ממילא כיון שאין מקבלין עדותו שוב אין אנו עדי ידיעה וע"ז דרשי' לא יקום וכו' דקם בעדות אשה להשיאה ויצאנו ידי חשש זה ושוב אנן עדים ויצאנו ידי הכל וא"כ עיקר הדבר רבנן תיקנו החומר והדייקא וממילא נעשה דאוריי' וא"ש. ובזה ישבתי מאי דקשי' ק"ל באומר ע"א אכלת חלב מדוע לא יהי' נאמן מכח חזקה אין אוכל"ל דמייתי חולין לנחרה וכן בכה"ג ביהכ"פ באומר פגול וצ"ע ולהנ"ל כיון דלחייב קרבן ולאסור אתי' מקרא דלא יקום וכו' א"כ אפילו יהיבנא דאמת העיד מ"מ מעולם לא נקבלנו ולא יתחיל שום עדות כי קרא קפיד לא יקום וכן הוא באמת בהכחשת בעלי' וע"כ צריכין אנו ללימוד זה דאכלת חלב דמהימן בלא הכחשה וא"ש גם במקומות אחרים.

כ"ד שבתי בר"מ ז"ל דיאלכני.

סימן לח

תשובה

שלום וכל טוב לכבוד ידיד עליון וי"נ הרב המאור הגדול סיני ועוקר הרים. נודע בשערים׳ דובר משרים. אהובים וברורים׳ כקש"ת מוה' שבתי נ"י האבד"קק פנ"ד יע"א:

מכתבו היקר עם אשר העמיק והרחיב לדבר בענין אשר בגליל שלו הגיעוני בעתם ועד כה לא שמתי

הדברים כמו המנהג אם מפני מונעים שונים וסיבות רבות ומרידות. ואם מפני כי לא הי' מעכת"ר כ' בביתו ותאמר כבדות ידי לי למנוחה בבלאת עד כי יתן ה' להשיבו בשובה ונחת ועתה כי אחשוב כי כבר שב מעכת"ר לביתו כי כתבו לי ששבת בש"ק פרשת חיי שרה שם בפעסט אמרתי לשום לב על הדין ההוא אשר כבודו הרמה דן בו ואשר ישים ה' בפי ובלבבי דבר מה ירצנו אציע לפניו אי"ה:

אודות אשר נהי' בגלילות אשר תחת דגלו כי בתולה אחת אמרה לנער אחד הראני הטבעת אשר באצבעך ויען הנער אני אנסה לך וישים הטבעת על אצבעה ויאמר לה הרי את מקודשת לי מיין כפרה ביזע דיא פיר מיין באצבעכם קוה. וטרם כלה להכניס הטבעת עד כף היד שלף הטבעת מאצבעה והנה שני נערים אחרים היו עמו האחד עמד סמוך להם והנער והנערה ראו אותו והוא ראה אותם והשני עמד ברחוב להלאה גם הוא ראה אותם אבל אמר כי יוכל להיות שלא ראתה הבתולה אותו וכולם אמרו שהיו הדברים רק לשחוק הנער בעל הטבעת והבתולה אף היא אמרה שלא עלה על דעתה לעולם לשם קידושין וכן הנערים המעידין אמרו שהי' הכל דרך שחוק לפי הנראה. בלכתו אמר הרי קדשתיך עתה והיא ענתה איין פראס. הנה כת"ר כבר כל יקר ראתה עינו בדברי הפוסקים בכל הצדדים שיש לצדד בזה ואציע לפני מעלת כת"ר כי' את אשר עלה ברעיוני הנה אם נחליט דהוי רק דין מקדש לפני ע"א אע"ג דאין חוששין לדעת הסמ"ג וסיעתו דס"ל דחוששין הי' נקל להקל בנידון זה מצד הטעמים שכ' כת"ר כי' אבל יש לדון הרבה לפע"ד בזה אחרי שיש כאן שני עדים שראו הקידושין רק שהבתולה אומרת שלא ראתהו והעד אומר שיוכלו להיות כדברים שלא ראתה אותו לכ"ע אם נאמין לה כיון שהוא העד ראה אותם ומן הסתם הייננו אומרים כשם שהוא ראה אותם כך הם ראו אותו והנה בנוב"י קמא סימן כ"ט כ' בפשיטות דהא הרמ"א בסימן מ"ב דאם אומרות לשחוק נתכוונתי אף שיש אומדנות מוכיחות אפ"ה מקודשת אין הטעם משום דאין נאמנות דוודאי יש להאמינה כיון דלא אתחזיק איסור' דא"א אדרבה יש כאן חזקת פנוי' וכו' תפס הוא ז"ל בפשיטות דדווקא היכא דאתחזק איסורא אמרינן אין דבר שבערוה פחות משנים ואף שהמהרי"ק כ"כ בשורש ע"ב רבים החולקים. והרמב"ן ריש גיטין בחידושיו כ' על הא דאיתא שם אבל הכא דאתחזיק איסורא דא"א הוי דבר שבערוה ואין דבר שבערוה פחות מב'. כ' וז"ל דהרי דבר שבערוה אפי' לא אתחזיק אין פחות משנים דאפי' לאיסור אין פחות מב'. גם הר"ן בפ' האומר הקשה על הרמב"ן דס"ל באומר לשלוחו קדש וכו' דאסור בכל הנשים וק"ל להרמב"ן דמדינא אסור ומ"מ כ' דאם תבואנה כל קרובות אשה אחת ותאמרנה שלא נתקדשו מעולם מותר באשה ההיא והקשה הר"ן דאיך נאמנות הא אין דבר שבערוה פחות מב' אפילו לא אתחזיק איסורא דהא אפילו לאיסור אמרינן דאין פחות מב' גבי אשתך זינתה בע"א ולכאורה דבריו תמוהים דדלמא התם ה"ט דאתחזק היתרא דהא היא בחזקת היתר לבעלה עומדת. ונראה דהר"ן אזיל שם בשיטת הסוברים דע"א אומר אכלת חלב והלא שותק דנאמן הייננו אף בשותק מפני שאינו יודע וכ"כ הר"ן בגטין בהניזקין להדיא " אע"ג שכ' בקידושין ליישב דעת ר"ת דדווקא שתיקה מחמת הודאה נאמן „ ולזה כיון הר"ן דוודאי אם הייננו אומרים דאין דבשב"ע פחות משנים הוא רק דאין מקילין פחות מב' באיסור היה מקום לומר דרק באתחזק איסורא מחמרינן בדבר שבערוה אע"ג דבשאר איסורין נאמן ע"א אף באיתחזיק איסורא בדבר שבערוה מחמרינן שלא נתיר חזקת א"א וכדומה עפי' ע"א ובלא אתחזק לא מחמרינן אבל כיון דאף לאיסור אין ע"א נאמן אע"ג דבשאר איסורין מהימן ע"א אם הבעלים אומרים אינו יודע בדבר שבערוה אינו נאמן לאסור וע"כ גזה"כ הוא בדבר שבערוה הוא מבלי להאמין מה שבאיסור אחר נאמן א"כ מכין לנו להקל בדבר שבערוה בלא אתחזק להאמין להתיר דהא בשאר איסורין גם באתחזק ע"א נאמן לאסור אפ"ה בדבר שבערו' אינו נאמן לאיסור ומגזה"כ מכין לנו בלא אתחזק להאמין להיתר. ומ"ש הר"ן בקידושין דף ס"ג דלכך לר"א נאמן אף לכנוס דדווקא להוציא מחזקתה אין ע"א נאמן אבל זה מעמידה על חזקתה אלא שאומר שנתקדשה לו נראה דהר"ן ז"ל את גמר דבריו הוא תופס עיקר דלעולם גם בקידושין ס"ל דכל שיש בדבר ענין אשר לולא עדות העד לא היינו מתירין או אוסרין אין אחד כלום הן לאיסור והן להיתר דכלל מלא אין דבר שבערוה פחות מב' ואין ע"א מועיל כלום לסלק הספק. אבל זה שאומר אני הוא שקדשתי' לא מחדש בה שום דבר ערוה כי בתחילה היתה אסור באיסור ערוה וגם עתה נשארת כן וגם בתחלה הייננו יודעים שהיא מותרת לא' וגם עתה כן הוא ואינו רק מברר האיסור וההיתר. ולכך הוא נאמן לכנוס וכל דברי הר"ן ז"ל אחד הן דכל שיש ספק בלא העדות אין ע"א נאמן בדבר שבערוה ורק לברר נאמן וכיוצא בזה כתב הנימוקי יוסף בריש האשה רבה לפרש דברי רש"י שכ' דאיתחזק איסורא בהאי חתיכה דלברר נאמן לכ"ע אף את"ל דע"א אינו נאמן באתחזיק איסורא לכאורה לדעת הפוסקים דאין ע"א נאמן בשאר איסורין באתחזק איסור' א"כ הא דאיתא סוף דף ג' ע"ב דילפינן דבר דבר ממון דאין דבר שבערוה פחות מב' הייננו בדלא אתחזק דבדאתחזק מאי איריא דבר שבערוה הרי גם בשאר איסורין אין עד אחד נאמן כנגד החזקה ולא משמע דעיקר ג"ש אתי רק למקדש בע"א אע"פ שכלם מודים דאין חוששין דפשטות לשון התלמוד בגיטין ובפרט בסוטה שם דף ג' משמע דלענין נאמנות אתי עיקר הג"ש אף לדעת הפוסקים דע"א נאמן אף באתחזק איסורא דאין הכרח מצד זה מ"מ הרי הקשו התוספות דא"כ ל"ל קרא דוספרה לה לעצמה ותירצו ביבמות וגטין משום דהוי ק"ד דהוי כדבר שבערוה והרי כתבו התוס' שם בגטין דנדה הוי לא אתחזק איסורא ודוחק לומר דילפינן מנדה דבאמת אין נדה דבר שבערוה כיון דתפסי בה קידושין ואין הולד ממזר וכן מורה לשון התוס' דהוי ק"ד וכו' מכ"ש לפמ"ש הרמב"ן בגטין דאין ללמוד מן וספרה לה משום דא"א בענין אחר באופן שנראה מדברי התוס' ג"כ דגם בלא אתחזק אין דבר שבערוה פחות מב' לסלק הספק ומעתה בנידון זה שידענו שהיה שם שנים וראו המעשה ורק מסופקים אם היא ראתה את האחד מן העדים אין להאמינה לדעת הפוסקים הנ"ל ולשיטת ר"ח והרי"ף והרמב"ם דחוששין לסבלונות אפילו רובא מסבלי והדר מקדשי חוששין למיעוט ואפי' הוא והיא אומרים שלא היו שם קידושין בתחלה כמו שדקדק הת"ה בסימן ת"ו מלשון הטור דדווקא אם העדים מעידין שלא היו שם קידו' לפני סבלונות מהני ולא הודאתם משמע ג"כ דס"ל דכל שיש ספק אין להאמינ' וממילא ג"כ דבריהם אינו מועיל בדבר שבערוה דבכל הטעמים שכתבו הרמב"ן במלחמות והר"ן דחוששין לסבלונות למיעוט אין מספיק רק להחשיב המיעוט כמו למחצה אבל וודאי לא לחשוב המיעוט יותר מן הרוב א"כ אמאי יועיל אמירתן שאין כאן קידושין בתחילה אע"כ דאין סומכין על אמירתן כשיש ספק לולא אמירתן וה"ה בנידון זה:

עוד יש לדון בזה דהנה בזה שלמדנו הרשב"א דאפילו ראו העדים הקידושין אם המקדש והמתקדשות לא ראו את העדים אין כאן קידושין יש בדברי רבותינו האחרונים שלש שיטות. מדברי הרמ"א בסימן מ"ב נראה דאם אמרו שכיוונו לשם קידושין אע"פ שלא ראו העדים הוי קידושין דהרי כתב דאפילו מכחישין העדים דהוי קידושין. ונראה וודאי דכ"ע אם מודים דכוונו לשם קידושין ולדעת הח"מ דאפילו אומרים דלשם קידושין אפ"ה אינה מקודשת דכיון שלא ראו העדים אנן סהדי דלא כוונו לקידושין וממילא הוי כקידושין בלא עדים אחרי דאין העדים יכולים להעיד דהיו קידושין וכתב הב"ש דלפ"ז אם ראו האיש והאשה עדים שלא היה נודע פסולם בשעת הקידושין " כגון שהוזמו אח"כ על העדות שהעידו קודם הקידושין והוזמו אחר הקידושין „ ועדים כשרים ראו אותם מרחוק הוי קידושין. ולדעת מהרי"ט אף בכה"ג לא הוי קידושין דבעינן שידעו העדים שהם ראו אותם ונתכוונו להם ועי"ש במהרי"ט שלא החליט הדבר לגמרי ויתכן מ"ש מהרי"ט בסוף ול"ע על מה שכתב לפני זה אף על מה שאמר ומסתברא וכו'. והנה דעת הח"מ היא דעת ממוצע בין דעת הרמ"א ובין דעת מהרי"ט והנה זה שכתב הח"מ דאף שאמרה בפירוש דמקבלה לשם קידושין אמרינן דלבה

של עמה ואך דבר שפתים הוא ואין עדים על הקידושין ופשוט שאין בזה סתירה למה שכתב לעיל סעיף קטן ד' דאף באומרת מטעה הייתי בך הוי דברים שבלב ואינם דברים דהתם כיון דאזיל למ"ד דמקדש בעד אחד חוששין ולזה שהוא מודה שקיבלה קידושין רק שאומרת דלהשטות כיוונה בזה אמרינן דברים שבלב אינם דברים· אבל בלא ראו העדים כיון דהכל יודעים שאין קדושין בלא עדים לא הוי דברים שבלבה בלבד רק בלב כל אדם וסברא זו כתבה התוס' בכמה מקומות לענין אומדנא וכן לענין כדרי אונסין. ואולם לפ"ז במקדש לפני שני עדים וראו ע"א ואת השני לא ראו כיון דוודאי קידש אותה דכיון דאין לומר הכל יודעין שאין קידושין בלא עדים דהא ראו עד אחד. והרי ראשונים ואחרונים דס"ל דחוששין לקידושין בעד אחד ממילא כיון דשני עדים ראו המעשה ואין שייך לומר הכל יודעין הוי דברים שבלב דאינם דברים וכמו שאין יכולה לומר בראתה שניהם להשטות נתכוונה משום דהוי דברים שבלב כמ"ש הח"מ בס"ק ד' וכן הכו"פ בתשובה ממילא אין בשני עדים הרואין אותם והם לא ראו רק אחד קולא מפני דעת הסוברים דקדושין בעד אחד אין חוששין להם דכיון דראו אחד מן העדים והכל יודעין אין כאן אין הולכין אחר מה שבלבם אם אין הדברים מוכיחין מכל עלמא בבירור ויעויין בתשובת חכם צבי סימן קל"ה בענין אומדנא אם הולכין אחרי אומדנות :

וראיתי בנודע ביהודה תניינא אה"ע סימן ע"ג שהקשה לו מו"ח הגאון מו"ה דוד ז"ל על מה שכתב בקמא בסימן ס' דלמ"ד אין חוששין לקידושין בעד אחד המעות מתנה ומו"ח רצה לומר דעתה כיון דיש חולקים וסוברים דמקדש בע"א חוששין לקידושין לא שייך לומר אדם יודע דאין קידושין בע"א וגמר ונתן לשם מתנה. ודווקא בימי אביי דלא היו חולקין כלל בעד אחד. והביא ראיה ממה שכתבו התוס' בגטין דף ע"ה יעיי"ש והנו"ב השיב לו דאע"ג דלא היה בימיו חולקים עליו מ"מ לא היה שייך לומר אדם יודע כיון דעכ"פ יש מקום לומר איפכא וכמו דבאמת ר"פ שסובר חוששין לקידושין שוב אין שייך לומר אדם יודע אע"פ שעדיין לא נחלקו יע"ש. וכתב הוא ז"ל שכוונת התוס' דטעמו של אביי דאינו חושש לקידושין לפני ע"א דכיון דעיקר הקידושין ראוי להיות בפני שני עדים והוא שלא חשש להביא שני עדים מסתמא לא היה דעתו לשם קידושין רק לשם מתנה ור"פ חולק וסובר דאף על פי כן חוששין שלשם קידושין נתן לה יע"ש. והנה זה דבר חדש בפלוגתת אביי ור"פ במקדש לפני עד אחד ולדבריו אם הורו שניהם האיש והאשה דלשם קידושין נתן לה וודאי הי' ראוי לחוש ולא מקשי כלום ממתניתין. ועוד אם אחד מן העדים פסול שכתב הרמ"א דדינו כמקדש לפני עד אחד ומסתימות לשונו מבואר דאפילו לא ידעו בפסולתם ודינו שניהם כשרים אפ"ה למ"ד אין חוששין ה"ה בכה"ג פסול דאין חוששין· ולדעת כו"פ הי' ראוי לחוש. אלא וודאי הטעם למ"ד חוששין לקידושין בע"א משום כיון דעד אחד מביא לשבועה בממון (ולדעת הרא"ש וסיעתו הוי חיוב שבועה כחיוב ממון וכמ"ש למ"ד דבר הגורם לממון כממון דמי) לכן עכ"פ במודים שניהם יש לחוש וכמ"ש רש"י בקידושין למ"ד אין חוששין אפילו שניהם מודים ס"ל דדבר שבערוה חשוב ממון עלמו כפשטות הסוגיא והתוס' הוקשה להם לאביי דאמר בשתק זיכתה בע"א דכאן מטעם שתיקה כהודאה דמי ותירצו דדווקא לענין זנות שאם זינתה וודאי אסורה לבעלה אפילו אין שם עדים דאין איסורה מפני הודאות העדים א"כ יש לאסור אפילו בע"א מכל שתיקה כהודאה· אבל במקדש בע"א אע"פ שהמעשה אמת שנתן לה הכסף קידושין הרי אין המעשה אוסר דאולי לשם מתנה נתן (וה"ה כי י"ל דלשם פקדון נתן והתוס' לא נחתי לזה כלל) דעיקר דבריהם רק לחלק מפני מה ס"ל לאביי לענין ע"א בזנות בשתק אסורה לבעלה ובקידושין כאמר דצריך דווקא שנים אעפ"י ששניהם מודים ושניהם לעדים דבר דבר ממון ולזה כתבו דלאביי לא ילפינן מממון רק היכא דאין הדבר מכל עלמו אוסר כמו בקידושין דאין נתינת הכסף לאשה עושה אותה אשת איש דהא אפשר שנותן לה לשם מתנה ומפני אמירתו הרי אמק"ל יחול

עליה איסור לזה צריך שני עדים שתעשה ערוה. אבל היכא דהמעשה עלמו איסור אפילו בלא עדים כמו דבשאר איסורין דיינינן שתיקה כהודאה. ולפע"ד וודאי זה כוונת התוס' דהרי משמע בדבריהם שם בדיבור שאחריו דלאביי הוי שתיקה כהודאה ומש א"כ הרי החילוק ברור ובוודאי לזה כיוונו עכ"פ כיון דזה שאין חוששין לקדושין היכא דהאיש והאשה לא ראו העדים היינו לדעת הח"מ משום דאע"ג דאמרו בפירוש לשם קידושין אנן סהדי דלא כיוונו וממילא אעפ"י שכיוונו הרי אין העדים יכולים להעיד והוי כמקדש בלא עדים וזה שייך בלא ראו לשום אחד מן העדים אבל בראו אחד מהם כיון דלא שייך אנן סהדי דהא איכא ר"פ דס"ל דחיישי' לקדושין בע"א ולדברי הנוב"י כיון דאיכא מקום לומר כן שוב לא שייך לומר הכל יודעין וממילא ראוי לחוש לכ"ע היכא דראו שניהם הקדושין והמתקדשת ראתה אחד מהם גם אם בלבד לא היתה רק מטעה בו דברים שבלב אינם דברים ואין כאן קולא מפני דעת רוב הפוסקים דאין חוששין לקדושין בע"א דלדעת הח"מ חוששין בכה"ג לכ"ע וכן לדעת הרמ"א יתכן כן :

ואולם לכאורה דעת רבינו הב"י אינו כן כי הוא ז"ל חקר בח"מ סי' ל'. בעדות מיוחדת דקי"ל בדיני נפשות דפסול וכשר בדיני ממונות אם בדיני אישות דאלו הוי דיינינן דיני נפשות הוי עדות מיוחדת פסול מה דינן עתה שאין לנו דיני נפשות איך נדון אותו אם כד"מ או כד"נ. וכתב שמדברי הרי"ף שהביאו בגטין התוספתא ראו שנים שנתייחדו עמו צריכה גט שני. אחד שחרית ואחד בערב וכו' זה היה מעשה ואמרו אין מצטרפין וכתב הר"ן דאע"ג דבד"מ קיי"ל דמצטרפין לגבי אישות דשייך בד"נ בב"א בעינן. ומבואר דס"ל דהוי כד"נ ושוב הביא הב"י דעת המרדכי דאע"ג דכיעור דחזי האי לא חזי האי מצטרפין והביא ראיה מן הירושלמי משמע להדיא דס"ל דכד"מ דמי וכתב הב"י דיש סיוע למרדכי מתלמודן גבי מעלין לכהונה ע"פ ע"א. ולהמרדכי צ"ל דהא דאיתא בתוספתא דאין מצטרפין היינו משום כיון דהבעל והאשה לא ראו רק ע"א לא כוונו לשם קדושין יע"ש שהאריך עוד בירושלמי דסוטה ולפ"ז מוכרח דאע"ג דאיכא שני עדים אמרינן אדם יודע אמרינן כל שלא ראו רק ע"א וודאי לא כיוונו לשם קידושין דהא לדעתו של הב"י אליבא דהמרדכי היו מצטרפין אם לאו משום דלא כוונו לשם קדושין ולפמ"ש הנוב"י דלעולם שייך לומר אדם יודע אע"ג דעדיין לא נחלק אדם בזה א"כ מוכרח דלא כדברינו אלא אם נאמר כדברי מו"ח הגאון ז"ל דכל שעדיין לא נחלקו שייך לומר אדם יודע ויש לי להביא קצת סמיכות לדבריו. אלא שאין להאריך בזה :

והנה זה שכתב הב"י בפירוש התוספתא שצריך לומר אליבא דהמרדכי כמ"ש הרשב"א אינו מבואר בדברי הרשב"א רק שכתב בחידושיו והביאו הר"ן ג"כ דהא דתנא ברישא ראו שנים שנתייחדו צריכה גט שני דהיינו שהם ג"כ ראו עדים. אבל על הסיפא לא כתב כלום והרי הר"ן כתב ג"כ דברי הרשב"א על הרישא ואפ"ה כתב הטעם בסיפא משום דאישות כדיני נפשות דמי וא"כ משמע דהר"ן ס"ל דאם לא הי' כד"נ לא הוי אמרי' דלא כוונו לשם קידושין משום שראו רק ע"א ומטעם שאמרנו דאם היו מצטרפין אע"ג דלא ראו רק אחד לא אמרינן דלא כוונו לשם קידושין אלא שהב"י הוכרח כן לפרש לדעת המרדכי דס"ל בעידי כיעור דמצטרפין א"כ אמאי אמרו בראו אחד בשחרית וכו' אמאי אין מצטרפין ולפע"ד פליאה בעיני דעת רבינו ב"י דאיך יעלה על הדעת למ"ד אין חוששין לקידושין בע"א והיינו משום דאין מעשה מתקיים רק לפני שני עדים איך נאמר דאם בעל בתחלה לפני ע"א וממילא לא הי' כאן קידושין ומותרת בלא גט ואם אחר זמן יבעול שנית יצטרף לעד הראשון ויקן כיון האיסור א"א עליו אחר שכבר בעל ועבר וכן אם מסר לה גט היום לפני ע"א דאין דבר שבערוה פחות מב' לדעת ר"ת ואפי' לר"מ צריך שני עדי מסירה ואם מסר לה גט לפני ע"א ודאי לאו כלום ואם זינתה חייבת מיתה ואם אחר זמן יגרשנה שנית לפני ע"א יחולו הגירושין למפרע או מכאן ולהבא. ולדעתי ברור

דכל כה"ג אף להמרדכי לא מצטרפי וע"כ לא קאמר המרדכי רק דומיא דעדי כיעור דשניהם מעידים שזינתה וכן לענין דיני ממונות דכל שלוה ממנו חייב לשלם וכן לענין בן גרושה וכו' דתני' בכתובות איכא למימר דמצטרפין דכל שהדבר אמת הוא פסול מן הכהונה ואפי' לא היו עדים כלל אם הי' הדבר ידוע לנו שהוא בן גרושה הוא פסול וכן לענין חיוב ממון שייך לומר דמצטרפ וכן לענין כיעור שייך לומר דמצטרפי. ולפענ"ד אף הר"ן ג"כ כיון, לזה במ"ש באישות דינו כד"כ היינו ג"כ מפני דהמעשה בטל אם אין שני עדים ולכך אין מצטרפין. אבל לענין כיעור אפשר דמודה הר"ן לדעת המרדכי ואם את"ל דלשון הר"ן מורה דפליג על המרדכי וס"ל דכיון דשייך לד"כ. כד"כ דמיא. א"כ ה"ט דלא כתב לפרש הטעם דאין מצטרפין כמ"ש משום דס"ל באמת דאף בשאר דיני אישות אין מצטרפין אבל מ"מ מודה הר"ן די"ל אליבא דהמרדכי דהטעם דלכך אין מצטרפין בא' שחרית וכו' מטעם האמור דכיון דקידושין אין מתקיימין אלא לפני ב' עדים כל שלא נתייחד רק לפני ע"א ובעל בשחרית הוי כמאן דליתא והספק רק בכיעור וכן לענין עדי קינוי וסתירה אבל מעשה שנתבטל מפני שלא היה רק לפני ע"א אינו חוזר וביעור אם ישוב לעשות המעשה ההוא לפני עד שני: והירושלמי בסוטה לא נסתפק אלא בעדי קינוי וסתירה ובזה יש לתרץ תמיהת הרשב"א בגטין דף ל"ג ע"ב ולדברי הב"י י"ל דרב אשי כהר"ן ס"ל דדיני אישות כד"כ דמיא. וצ"ע דתקשי הך תוספתא למ"ד חוששין לקדושין בע"א וע"ד הפלפול רציתי לחלק בין ביאה לשאר קדושין ולא נהירא. ואולי לא מתני בי' ר"ח ור"א אע"ג דהובא בירושלמי בסוטה וכיוצא בזה כתבו על התוס' שהובא בירושלמי ריש ב"מ ולא הובא בסוגין דהמקדש בע"א:

ולענין מה שהיה הנער משים הטבעת באצבע העלמה ואמר לה האמק"ל וטרם כלה להשים הטבעת על האצבע כולו עודנה מחזיק בהטבעת שלף הטבעת מן אצבעה ראיתי בתשובת בית אפרים להגאון מהר"ז ז"ל באה"ע סימן נ"ה כי גאון אחד כתב דלהרמב"ם דס"ל דאם יכול לנתקו קנה ה"ה א"כ הוי קדושין (ואין מפורש שם בתשובה באיזה אופן היה החפץ בין האיש והאשה) והגאון מהר"ז ז"ל השיב לו דאע"ג דאין לומר בקדושין כמו בגט דבעינן כריתות וליכא מ"מ למהרי"ל בתשובה דס"ל דטלי קידושיך מעג"ק לא הוי קדו' ה"ה כאן שאינה מקודשת מטעם שיכול לנתק. דעכ"פ הרי בעינן ונתן וליכא יע"ש שהאריך וכתב בתוך דבריו דכיון דלענין קידושין נמי בעינן ונתן בידה דלענין זה מקשינן הויה ליציאה אליבא דמהרי"ל והרי הוא רוצה לקדשה בכל החפץ ולא מהני אף להרמב"ם הואיל ויכולה לנתקו דבעינן ונתן בידה. והנה גם לפ"ד הגאון הרי רבו החולקים על מהרי"ל כמו שהביא הגאון באבני מילואים סימן ל' ס"ק א' ולפענ"ד נראה דכל שבא מכחו לרשותה מודה מהרי"ל דכל שקונה במקום אחר מהני נמי בקדושין וכמו שהביא מהרי"ל שם בתשובה ממחילת מלוה וע"מ שאדבר עליך לשלטון ואיכך דמקודשת אע"ג דטלי מעג"ק לא מהני דהתם מכחו באה הנאתה אלי' ה"ה כאן כיון שהוא נתן לידה עד שיכולה לנתקו מודה מהרי"ל דמקודשת ואף לדברי מהר"ז ז"ל נראה דהיינו אם אומר שמקדש בכל החפץ כגון שאומר בטבעת זו או בחפץ זה אבל באומר סתם הרי את מקודשת לי ולא אמר בטבעת זו כמ"ש בעדות של ריבה זו. הנה לדברי התוס' בכתובות דף ל' ע"ב ד"ה דאי מלי וכו' בסוף הדיבור דעכ"פ קנה מחלה ה"ה כאן דעכ"פ קנתה מכחו שוה פרוטה והוי קידושין לכ"ע. וראיתי בתשובת הגאון מפוזנא מהרע"א ז"ל שהרבה לתמוה על התוס' הנ"ל שלא הביאו הסוגיא דב"מ דף ז' ע"א ולפמש"כ הש"ך בח"מ סי' קנ"ה ס"ק ו' אין משם הכרע כל כך:

ובתשובת בית אפרים הנ"ל עמדו הגאון השואל והגאון מהר"ז ז"ל לתת טעם לחילוק שכתב הש"ך בתחלה בין ק"ס משום דהוי קני ע"מ להקנות מהני שיכול לנתקו אצלו אבל לענין לקנות כל הכלי לא מהני מה שיכול לנתקו. ויעויין שם מה שכתבו בזה ולפענ"ד נראה בקיצור דק"ס כיון שאין צריך רק קנין קלוש דהרי קונין בפחות משוה פרוטה ולכך מהני גם אם יכול לנתקו אצלו אלא דקשה על זה א"כ מאי מקשה מ"ש מדר' חסדא דאמר גט בידה ומשיחה בידה וכו' הא התם בעינן כתיבה גמורה גם על החילוקים שכתבו הגדולים הנ"ל יש עיון בזה. וחשבתי לומר דגם בגט אין צריך קנין אלים דהרי בלאו הכי הי' מתגרשת בע"כ. ובזה מיישב הגאון בעל הפלא"ה דברי הש"ך שכתב דחצר אינו קונה רק אם קונה החצר תחלה ואח"כ בא החפץ לתוכו. אבל בב"א לא וקשיא עליה מהך דגטין דף כ' ומישב הגאון בכתובות דאין לדמות שאר קנינים לנתינת הגט כיון שמגרשה בע"כ ואם גם בקידושין שייך ללמוד דסגי בקנין קלוש צ"ע כיון דקידושין ליתיה בע"כ ומהא דאמרינן דאשה לא מקני בחליפין משום דפחות משוה פרוטה לא מקניא נפשה אין הכרע כמובן. ואולם לכאורה לפי הנראה מדברי התוס' בכתובות בהא דתחב לו לבית הבליעה מבואר מדבריהם כיון שנתן לו בבית הבליעה ממילא קנה הלה ונסתפקו אם התוחב יכול לנתקו גורם שלא יקנה כולו רק מחלה. או קונה כולו. א"כ בנידון זה שנתן הטבעת באצבעה אין אנו דנין אם היא יכולה לנתק הטבעת רק כיון שהטבעת באצבעה אם נתן לה לקדשה קנתה הטבעת ואם באנו לבטל קנינה מכח שהנער היה יכול לנתק הרי בזה כתבו התוס' בפירוש דעכ"פ קנתה מחלה וכיון שלא אמר בטבעת זו איכא למימר דרק בש"פ מן הטבעת קדשה ובזה סגי:

וגם להקל מפני שאין כאן גילוי דעת מצד העלמה. כיון שלא אמר בלשון שאלה כלל רק האמק"ל אם לא רצתה היא לה לשלוף אצבעה מיד והרי גם דברי השיתול שאמר ועוד לא שלפה האצבע. ואי הי' מקום לדון אם שלפה אצבעה תוך כד"ד אבל זה אמר ששהה יותר מכ"ד ועוד לא שלפה האצבע והרי אם שלפה האצבע נשאר הטבעת בידו וליכא למימר דאם שלפת סברה דמחייב לו לשלומי. ולפי מה שנתבאר בסוף סי' כ"ט דכל שלא אמר בלשון שאלה רק סתם האמק"ל אף שלא ביקשה ממנו אלא דרך מתנה ה"ז מקודשת. ויעויין במהרי"ט ח"ב ס' ל"ה שכ' ג"כ דכל שאוחז הוא ג"כ לא שייך לומר דסברה להתחייב. אלא שדבריו ז"ל במ"ש דכל שלא סילק ידו לא הוי נתינה כמו בגט ובמשיחה בידו וכו' תמוהים מאוד דגט שאני דבעינן כריתות וליכ' וראיתי שכבר עמד בזה הגאון מו"ה עקיבא איגר בסימן ל"ז והניח בתימא ועם כל זה כ' בתוך דבריו שכל שניהם אוחזין לא נגמרו הקידושין. ומדי עיוני בתשו' מהרי"ט ראיתי ג"כ בתשוב' ההיא בפשיטות על התוס' שהביאו הרי"ף והרא"ש בגטין אחד שחרית וכו' דכל שנתייחדה רק לפני ע"א בשחרית וא' בין הערבים לא שייך לומר שיהיו קידושין כיון דבכל פעם א' לא הי' רק ע"א וכ' לפרש דברי הר"ן בגטין שכ' הטעם מפני דהוי כד"כ (ולא ניחא לי' לומר דהר"ן ג"כ כיון לזה כמ"ש לעיל) דהר"ן דייק ליסבא דמצטרפין; לכן פי' הר"ן דמייתי התוס' בענין דע"א אמר שהי' בשחרית עוד אחר עמו וכן זה שבערבית. והוא ז"ל לא הביא דברי הב"י בח"מ סימן ל' ושקטה דעתי כי מצאתי דברי הגאון שכתב בפשיטות ג"כ כדברינו כי היה קשה עלי לומר שלא כדברי רבינו הב"י. ותפס דברי השיתול שאמר הוי רק קצת אומדנא ואינו דומה לדברי הנודע ביהודה שמספק מלת לי' ללשון לע"ז פירוש ספוק וכאן הוי גמר דבריו באמרו האמ"ל ואחר החל בדברי השיתול:

עד כה דברתי את העולה על רעיוני בקראי לדרי השיתר שכ' מעכת"ר ברוח נדיבתו ושקידת עיונו ואין הזמן מספיק לירד לעומק העיון בכל דבריו. וראיתי שכ' מעכת"ר כי' דרוב הפוסקים ס"ל דלא אמרינן אין דבש"ע פחות מב' והביא דברי הר"ן בשלים גם הגאון מו' עקיבא איגר לא כ' רק דברי הר"ן ולא דברי הרמב"ן בריש גטין ולא דברי התוס'. גם הנו"ב אף שכ' בסי' כ"ט דבלא אתחזק נאמן הבע"ד וכן ע"א בסי' כ"ד נסתפק ונוטה דאף דבלא איתחזיק אין ע"א נאמן ומו"ה הגאון ז"ל כ' על הגליון דגם בתשובת מהרלב"ח חולק וגם בס' דברי אמת מביא חולקים על כן. גם כי דברי מעכ"ת נאמנים ונאמרו בדעת והשכל מ"מ למעשה אין בידי להקל בלא גט לאומר שאיסור והנער אם

יש בידינו ליסרו בשוטים יש ליסרו ולא יורה זיקי מות ויאמר הלא משחק אני. וה' יצילנו משגיאות. ויראנו במהרה בטובה אות.

דברי ידידו אוה"כ הקטן מאיר א"ש

סימן לט

ישאו הרים שלום. חיים וברכה עד עולם. לאהי גברא רבה ויקירא. ה"ה הרב הגאון הגדול. חריף ובקי. זך ונקי. נודע בשערים. סיני ועוקר הרים. דובר משרים. כבוד שמו נפארים. כמו"ה חיים האלבערשטאם נר"ו האבד"ק צאנז והגליל יע"א:

ע"ד העדים שאמרו לפני ב"ד שאינם יודעים מאומה מן הקידושין שטען המקדש שקידש לפניהם ושוב שלחו לב"ד לאמר כי מפני היראה אמרו כן בתחלה והן עתה חפצים להגיד הדברים כהוייתן ובאמת הכל יודעים כי לא היה מקום מורא שבעבורה יכבשו עדותם בפרט באיסור חמור כזה. ונראה כי רצונם לשום עלילות דברים על בתולת ישראל וחרצובות רשע בינם ובין הטוען קידושין וחקר הגאון אב"ד מלכא בזרוע עיונו ותבונת לבבו אם יש על הב"ד לשמוע דבריהם וכתב בספר כיד ה' הטובה עליו:

ואמרתי ללכת בעקבותיו הנה אם היו דברי העדים לפני הבתולה בתחילה היה לכאורה ברור שאין לשמוע עוד שוב לסתור דבריהם הראשונים לא מבעי' לדעת התוס' ר"פ הכונס דף כ"ו ע"א ד"ה פשיטא כתבו בפירוש דאם אמרו אין אנו יודעין אפילו בלא שבועה אמרינן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ודלא כדעת הר"ן בפ' שבועות העדות והסוגיא ההיא קשה לדעת הר"ן וכן מתני' דסנהדרין שהביאו התוס' שם דמוכרח דאף בלא שבועה איכא אליו"ע. ונראה דעת הר"ן דוודאי הכובש עדותו לגמרי ישנו בכלל נשיאת עון לכ"ע אלא דאם לא יאמרו מיד כאשר יבקש התובע בזה כל שלא נשבעו מפי עצמם או מפי אחרים אין בהם משום חוזר ומגיד. וקרוב לזה כתב רבינו בצלאל אשכנזי בתשובה סימן ה' מיהו רוב הראשונים שהביא שם בתשובה ס"ל דגם באינו יודע אינו חוזר ומגיד ולפמ"ש שם בתשובה נראה בכה"ג שטען האיש כי לפני אלו קידש והם אומרים שלא ראו מאומה גם הר"ן מודה דהוי חוזרים ואין שומעים להם וכמ"ש הגאון הנ"ל בתשובה:

ואולם כאן שאמרו שלא בפני הבתולה יש לעיין אם יוכלו לחזור ולהעיד וידוע דעת רבינו מנחם הארוך שהביא הב"י בח"מ סימן כ"ח דשלא בפני בע"ד חוזרין ומגידין אא"כ בפני' כמו שלא בב"ד דאיתא במתני' דיוכלו לחזור ולהודות. ומה שתמהו הגדולים דהרי פשטא דמתני' משמע דמיירי גם בנשבעין עפ"י עצמן וא"כ איך יעידו אח"כ כיון שנשבעו לשקר לפי"ז עתה הנה כבר עמד הריטב"א וכתב וז"ל דאתו ברשיעי עסקינן שיאמרו עתה בב"ד שנשבעו לשקר אלא שיאמרו שהיו שכוחים באותה שעה ונזכרו דבהא וודאי מהימני ועי"ל דאפילו אמרו עכשיו בשקר נשבענו פלגינן דיבורא ומהימנינן להו בגופה של עדות ואין נאמנין לומר שנשבעו לשקר וכו' מעתה עד שכפר חוץ לב"ד ונשבע על כך אם חזר והודה בב"ד מקבלין עדותו ואם כפר בב"ד אעפ"י שחזר והודה חוץ לב"ד אינו נאמן דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד עכ"ל הריטב"א וזה נראה דעת ר"מ הארוך. ואולם לדעת הר"ן דס"ל דאין בכפירה בב"ד ג"כ משום חוזר ומגיד רק משום דמשוי' נפשי' רשיעא א"כ אכתי אין טעם לחלק בין בב"ד לחוץ לב"ד בנשבעין בעלמא:

גם בדברי הריטב"א בתירוצו יש לעיין שכתב דלאו ברשיעי עסקינן וכו' אלא שיאמרו שהיו שכוחין באותה שעה או משום דפלגינן דיבורא וקשה דא"כ אם כפרו אמאי חייבין על כל אחת ואחת ממ"נ במאי חשבינן להו בכפירתן ושבועתן לשקר בארבעתן שבועתן בתחילה אם ידעו וכפרו הרי הם רשעים ואינן ראויין להעיד ואם אנו חושבין אותן לשוכחין א"כ סרי באמת נשבעו שאינו יודעים עדות ודוחק גדול לומר שאנו אומרים עליהם שיודעים היו ששבועה אסורה אבל אינם יודעים אם חייבין קרבן ועוד בכה"ג ג"כ נראה דאין משוו נפשי' רשיעי דלא גרע מאומנה היו דבריכו. ונראה דדעת הריטב"א כמ"ש האחרונים בסימן כ"ח ס"ק ג' דמי שהוא פסול לעדות מחמת רשעו ואין יודע בו זולתו יעיד בב"ד דרשע אינו פסול מגזה"כ רק משום דחשיד לשקר וכיון דהוא יודע בנפשו שהאמת כן למה לא יעיד יע"ש וכיון שהוא כן ממילא הוא חייב בשבועת עדות כיון דעדותו מועיל הרי הוא בכלל והוא עד ולכך אם נשבע חוץ לב"ד ה' פעמים חייב חמשה חטאות אם יאמר עתה שהיה מזיד וידע כאשר נשבע העדות דאע"ג דהיה רשע מ"מ כיון שאם היינו דנים אותו לשוגג וכי יכול להעיד אף שהוא יודע בעצמו שהוא מזיד מ"מ אם דנין אותו לשוגג וכמלא מזיד כשר הוא להעיד אבל בב"ד כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד לדעת הריטב"א ואולי גם לדעת הר"ן מ"מ אם השביע אותם לפני ב"ד שהוא מקום ההגדה אם היו זכורים העדות מ"מ אין כאן אלא קרבן אחד וכמ"ש רש"י דאם שתיקותן כפירה משוי נפשיי' רשעים לפני ב"ד ואם שתיקותן לאו כפירה מה זו שבועה על שבועה ואם נאמר שכוחין היה אין כאן חיוב כלל ועכ"פ לדעת ר"מ האריך יש על נידון זה ערעור והדר"ג כ' הליב טעמים נעימים לפתח חרצובות רשעים האלה:

והנה כתב הדר"ג כי תחלה דעת הפוסקים דבדבר ברור מקבלין שלא בפני בע"ד והוא מנימוקי יוסף ריש פרק הגוזל ואין דבר ברור מזה שאומרים אינו יודעים מזה כלל הנה באמת הרמ"א בח"מ סימן ק"י סעיף ט' הביא דעת הנימוקי יוסף ואולם הב"י שם כתב טעם אחר וכן בעל התרומות שהביא הב"י שם בסימן ק"י שם בשער י"ד ח"א כתב ובכל המקומות שפסקנו למעלה שנזקקים להם ליתומים קטנים י"ל איך מקבלין עדים שלא בפניהם וכתב בשם הראב"ד דמיירי דהב"ד יודעים מכל זה או שהודה ויש מתרצים שקבלו עדות ולא הספיקו לדון עד שמת והם כעין הדרכים שכתב הב"י בש"ע שם בסימן ק"ז סעיף ט'. ואלה המקומות שהתעורר עליהם הבעל התרומות הסי' עצמם שהכריח נימוקי יוסף מהם דבדבר ברור מקבלין שלא בפניהם וכ"כ התוס' בערכין דף כ"ג ע"ב בד"ה ואם אמר וכו' ומדדחקו הראב"ד והראב"י ובעל התרומות לאוקמי מקומות שהקשו מהם דווקא בהכך גווני משמע דאין מחלקים בין דבר ברור לזולתו ועוד שהתוס' בעירוכין סוף דיבור הנ"ל כתבו מיהו בדררא דממונא הבאה מחמת יתומים כי נמי יודעים בבירור שלא התפיסו לררי כל חוב הבא מחמת יתומים אין נזקקים נראה לכאורה הטעם לחלק דכל חוב הבא מחמת אביהם כיון שהוא ברור לנו כאלו לא הי' להיתומים בדבר ההוא חזקת אבהתא כלל ולכך מקבלין אבל בחוב הבא מחמת עצמם הם עיקר בע"ד ובאנו להוציא את שלהם מידם אין לקבל שום עדות שלא בפניהם ונידון קידושין להא דמי' לכאורה ולע"ע שסתם הרמ"א בסימן ק"י וכ' די"א דבדבר ברור מקבלין שלא בפניהם ולא חילוק כמ"ש התוס' בעירוכין בין דררא דממונא דיתומים ובין דררא דממונא דאביהן גם כי במרדכי פ' השולח משמע שלא חילק מ"מ הרי התוס' בעירוכין ולפמ"ש גם הראב"ד וסיעתו אין מחלקין ולכאור' בזה המרדכי יחיד וכ"ש לענין איסורא:

ואם מטעם דעדי קידושין מקבלין שלא בפני בע"ד לדעת הרדב"ז הנה רבי' בצלאל בסימן ה' וכן הרמ"א בסימן י"ב דקדקו מתשובת הרא"ש כלל מ"ו סי' ד' דאף באיסורא אין מקבלין שלא בפני בע"ד ואם קבלו אפי' בדיעבד לא מהני והא וודאי שאין הכרח לדעה זו הקושי' שהביא הנוב"י קמא בסימן ע"ב אה"ע מהך דפריך ועדי נערה היכי מקטלי הא יכולים לומר לאסור עלי' בעלה באנו ואם באיסור מקבלין עדות שלא בפני בע"ד הי' לעדים להעיד שלא בפני' וודאי יפה כ' הדר"ג בתשובתו לדחות דומה איכפת לעדות שיהי' אשה ובעלה ול"ד כלל לדברי התוס' שם ויש ליישב עוד קושי' זו לפמ"ש רבינו בצלאל בתשובה ריש סימן ה'

דגם להרדב"ז כל היכא דפתיך ב' שום דררא דממונא וודאי אין מקבלין אלא בפני' ומדבריו משמע דאין מקבלין כלל. ועכ"פ הא וודאי דלענין דררא דממונא לא מקבלין שלא בפניו והרי המהרש"א הקשה שם דאמאי לא משני דמת הבעל ותירוץ דאכתי יכולים לו' להפסידה כתובתה באמו ומעתה אין קושיא דהי' להם להעיד שלא בפני' דאכתי יכולים לומר להפסידה כתובתה באמו וצריך לומר לדברי מהרש"א דסוגי' דסנהדרין אזלי את"ל דארוסה יש לה כתיבה וכדעת התוס' וסיעתו או דלא לפשוט. בעיין דארוסה אם יש לה כתובה מכח קושי' הסיא אמנם גם להרדב"ז דס"ל דבאיסורא מקבלין שלא בפבע"ד מבואר בתשובת דברי ריבות למהר"י אדרבי דהיינו דווקא לחומרא וז"ל תשובת הרדב"ז שהביא מהר"י אדרבי שם בסי' ד' וגדולה מזו אני אומר דמקבלין עדות קידושין שלא בפני בע"ד דלאפרושי מאיסורא כ"א בעלי דבר נינהו (וכתב שכן נראה מדברי המאירי והרשב"א והריב"ש) ואני מעיד שכן היה דעת מהר"י בירב ומהר"ש בן קוד אלא שהם הפריזו על המדה לקבל עדות שלא בפני בע"ד לאסור אשה על בעלה ואני וחברי חלקנו עליהם בזה אבל בעדות שנתקדשה פלונית דהוי לאפרושי מן איסורא לא נחלק אדם מעולם עכ"ל הרדב"ז שהביא מהר"י אדרבי גם הרש"ה בחלק אה"ע סי' י"ע כתב דווקא לחומרא מקבלין עדות שלא בפני בע"ד משום שלא תנשא לשוק באיסור אמרי' דכ"ע בע"ד נינהו וחלק שם על מהרא"ח דכתב דגם להקל מקבלין (ואין תשובת הרא"ח האמיתית בידי) :

עוד הסף בזרוע קדשו לד היתר אחר שהוא לפטור דמבואר בש"ע דלכ"ע מקבלין ואין לפטור. גדול מזה אחרי שהיא מוחזקת ואין עלי' שום חיוב וכמ"ש הדר"ג ובאמת לד מרווח היא רק שיש לעיין דהרי אם צריכין לדון על שעת עדות שהעידו העדים בפני ב"ד וכיון דכבר החליטו רבותינו אפילו במקום קטנה איתתא בכ"ד ניחא לה ולא היה אז זכות לה שוב אין כח בידינו לומר דבריהם ראשונים קיימים ולא יוכלו לחזור ולהעיד ולא דמי לדבר שבממון שכתב עה"ג וכן בכנה"ג לא"מ דכל שעדותן לזכות זה שהעידו שלא בפניו עתה עדותן קיימת כי בממון מה שהוא זכותו עתה וודאי מעיקרא היה לזכותו ג"כ מה שא"כ לקידושין אולי עתה חזרה בה :

הצעתי המעט לפני הדר"ג לשאת ולתת בדברי קדשו מעט ובאמת לבבי נוטה וכפשי תכסוף מאד להציל הילדה היא מידי רשעים ונראה בעיני דלכ"ע להתוס' וסיעתם בהך דאם אמרו אין אנו יודעים עדות דאין חוזרים ומעידים לדעתם גם בלא שבועה ולהר"ן דווקא אחר השבועה לשתי שברותיו מ"מ אין לומר דעדים שיאמרו לא ידענו יקראו העדים עד שנאמר דעל זה קאי ג"כ והועד בבעליו כי לא ידענו עדות כפירה מקרי ולא עדות ואיך נקרא על הכותש עדות והועד בבעליו והא דאינו חוזרים ומעידים אם אמרו לא ידענו לדעת התוספות היינו משום דכתיב אם לא יגיד כיון שלא הגיד הוא בכלל נשואת עון ואינו חוזר ומגיד וכ"ש להר"ן בשבועות דאין עולה על דעתי הקלרה שיהיה כפירת עדות בכלל והועד בבעליו רק שאין שומעין להם מקרא דאם לא יגיד כיון שלא הגיד וכו' (כעין דרשת הז"ל כיון שלא בנה וכו') והיינו שלא הזכיר הרמב"ם בה"ל שבועות עדות התנאי הזה שיכפרו בפני בע"ד וכמו שהעיר הדר"ג כי' בלדק. ויש עוד קצת ראיה לזה דאל"כ קשה קושיי' ר"פ לאביי בשבועות דף ל"ב ע"א אימא שבועה גופה בפני ב"ד אין חוץ לב"ד והא דדחי התם מדכתיב לאחת לחייב על כל אחת ובב"ד לא משכחת לה דלמא מיירי שלא בפני בע"ד וחייב על כל אחת ואחת מפני שיכול לחזור ולהודות אע"כ דלעולם א"ן יכולים לחזור בהן ולהעיד אם כפרו ואין להודות דשלא בפני בע"ד הוי כחוץ לב"ד דזו מנין לנו דהרי הכפירה תהיה אח"כ בפני בע"ד ועוד דהוי מפליגי במתני' בב"ד עלמו בין לפני בע"ד ובין שלא בפניו וה' יאיר עינינו בתורתו וילילנו משגיאות. וירלנו בתורתו נפלאות דברי ידידו דש"ת :

הקטן מאיר א"ש

סימן מ

(שנית להגאון הנ"ל על ענין הנ"ל) :

הנני בא לעשות רלון קדשו אשר גזר אומר כי אשוב לכתוב אליו. והנה לא אטריח את הדר"ג להעתיר דברים עליו. ואומר כי מה שתמהתי על הרמ"א הוא רק על שלא חילק בין דבר ברור שמעידין על היתומים מלד אביהם דמקבלין ובין דבר ברור שכנגד עלמן מחמת עלמן כמו שחילקו התוס' שהם לפ"ד הראשונים בחילוק הזה ומשם שאבו הבאים אחריהם הממ"י והש"ג וכן הס"מ אבל לא יש הכרח מבואר בדבריהם דס"ל דאף בחוב הבא מחמת עלמן שיאמרו דמקבלין בדבר הברור היפך דעת התוס' בערכין ורק במרדכי משמע קצת דלא מחלק ואחרי שכמה ראשונים לא ס"ל החילוק הזה וכמ"ש במכתבו וגם הרא"ש לא ס"ל החילוק בין דבר ברור או לא וכמ"ש הסמ"ע בסימן ק"י א"כ עכ"פ לא הי' להרמ"א לסתום אלא לפרש דחוב מחמת עלמן של היתומים אין מקבלין.

מה שכתבתי לדעת הרדב"ז דרק לחומרא מקבלין שלא בפניה בקידושין הנה לא מלבי כתבתי כן רק מדברי תשובת דברי ריבות שהעתיק שם תשובת הרדב"ז ושכן כתב הרש"ה בחאה"ע סימן י"ע וגם בתשובת רבינו בצלאל אשכנזי [כן בתשובת הרמ"א] כתבו כן ולשון תשובות הרדב"ז שהביא הדר"ג כי' יש ג"כ לפרש כן כי רק להעיד שנתקדשה מקבלין שלא בפני' לאפרושי מאיסורא ולא להעיד להקל שהיא פנוי' :

ואולם במה שכתב הדר"ג דאם ידענו דבשעת קבלת עדות לא הוי ניחא לה בקידושין מקבלין שלא בפני' בזה שנינו שוין ולא עלה דעתי כלל דאם ידוע לב"ד בשעת קבלת העדות דהבתולה אין רלונה בקידושין ההם דוודאי מהני מה שאמרו לפני הב"ד דאין יודעין כלום מן העדות ופשוט הוא ואין דברי רק אם לא שאלו את פי הבתולה כלל רק האב ממאן בקידושין ובא לפני ב"ד בזה אמרתי כיון דקי"ל איתתא בכ"ד ניחא לה אין ראי' ממענת האב וכן מבואר בדברי שכתבתי כיון דאנו לריכין לדון על שעת עדות שהעידו עדים בפני ב"ד וכו' וחשבתי דהבתול' לא נשאלה אז כלל ורק האב בא לפני ב"ד וע"ז אמרתי אעפ"י שעתה תאמר כי אין רלונה בקידושין אולי עתה חזרה בה או מעלמ' או מפני רלון אבי' אבל כל שאמרה בשעת קבלת העדות לפני עדים שאין רלונה בקידושין ההם פשוט דמהני ואין לטעות בזה כלל:

דברי ידידו אוה"כ דש"ת ה"ק מאיר א"ש

סימן מא

בעזרת השם אור ליום ו' ערב שבת קודש ב' דראש חודש אדר תר"ע לפ"ק אונגווואר :

ינוסו יגון ואנחה והיתה הרווחה אורה ושמחה לאהובי בני הרב וכו' מוהר"ר מנחם ש"י לאוי"ט האב"ד דק"ק חוסט יע"א :

נעימות ימינך הגיעני ושמחתי כי ת"ל ית' עמכם חיים ושלום וגם אותנו הגדיל ה' חסדו להחיותינו ולהשקיטנו ולהסתירנו בלל כנפיו כן יוסף להגדיל חסדו לסוך באברתו עלינו ובלל כנפיו נחסה סלה ויסור ממנו כל המונעים והמבטלים מתורתו ועבודתו ונזכה לעבדו בקדושה ובטהר' בשמח' ובטוב לבב מרוב כל אנחנו וזרעינו וזרע זרענו מעתה ועד עול' אמן סלה

אשר הקשת על הרא"ש בקידושין פ"ג דף מ"ו ע"ב גבי נתקדשה לדעת אבי' והלך אבי' למדינת הים ועמדה ונשאת אמר רב אוכלת בתרומה עד שיבוא אבי' וימחה ואמר רב שמואל בר רב ילחק ומודה רב שאם מתה אינה יורשה וכתב

הרא"ם דהטעם דאוכלת בתרומה משום דד"ת ארוסה בת ישראל אוכלת בתרומה וכדפרש"י ולפי טעם זה אינו מטמא לה ואם היינו מפרשים דטעמא דרב לפי שרוב פעמים אין האב מוחה מסתמא דניחא לי' לאבי כיון דכבר נתקדשה לדעתו הלכך אכלה בתרומה דאזלינן בתר רובא ואז הי' מותר אפילו לטמא לה אבל אי אפשר לומר כן דהא רב הוא דאמר הולכין בממון אחר רוב עכ"ל הרא"ם והקשית מדברי הרא"ם רפ"ג דבכורות גבי פלוגתא דר' ישמעאל ור' יהושע אי טינוף פוטר מבכורה כתב ז"ל ואפילו למאן דלא חייש למיעוטא דמטנפת מודה הוא שאינו נותן לכהן שאין הולכין בממון אחר הרוב ואפילו לרב דאזיל בממון אחרי הרוב בההוא דהמוכר שור לחבירו ונמצא נגחן היינו משום דאמר לי' קים לי בנפשי שאני מן הרוב עכ"ל והנה כאן בקדושין דאין הבת יכולה לטעון כלום דהרי הדבר תלוי בדעת אבי' אם הוא מן הרוב או לא ולפי דברי הרא"ם בבכורות אחרי כי אין הבת יכולה לטעון גם רב מודה דלא אזלינן בתר רובא.

הנה גם התוס' בב"ק ר"פ המניח כתבו החילוק ההוא ואולם על עצמו יכול לטעון ברי שאינו מן המיעוט (וברא"ם בבכורות כתב המע"מ שהוא טעות סופר ודבריו תמוהים) רק מן הרוב והמוחזק אינו יכול לטעון ואיתרע חזקתו והלוקח יכול לטעון ברי ולכך גבי בכור אע"ג דאיכא רוב מ"מ הכהן אינו יכול לטעון ברי אע"פ שגם הבעלים אינם יכולים לטעון ברי מ"מ החזקה מכרעת אבל בזה שהבעל מוחזק מן הסתם אלא שהרא"ם כתב דנכסי בחזקת יורשים קיימא והיינו בספק שקול אבל את"ל דרוב פעמים האב מתרצה עכ"פ יסייע החזקה שהוא מוחזק כמו הבריא הגרוע ההוא בנמצא נגחן שהרי אין אחר יכול להכחישו ולא גרע החזקה שהבעל מוחזק עתה לסייע להרוב כמו בנגחן מסייע הבריא לרוב דהרי אין לה יורשי' שום סיוע לחזקתן כן יש ליישב קצת דברי הרא"ם אבל יפה התעוררת יאר ה' פניו אליך ויתן לך באור פניו באתי ומיתי בתפלה דברי המעתיר בעדך ובעד כל אשר לך

הק' מאיר א"ש

סימן מב

להרב המופלג מהו' שמואל הילמן נ"י:

מ"ש להקשות על הרא"ם שפסק בשואל דקדשה בתמרה חיישינן שמא שוה פרוטה במדי ומקודשת מדרבנן ופסק בהר"י דאף אם ידעינן דשוה פרוטה במקום אחר אינה מקודשת וא"כ אין חילוק בין דבר המתקיים לאינו מתקיים דקשה לפי"ז קושית הרשב"א דהקשה על הראשונים שפסקו כשמואל ממה דאמרינן בגמ' דפרשי רבנן מהאי משפחה ולאו משום דס"ל כשמואל אלא משום דסבירא להו כאביי ורבא אליבא דלית הלכתא כשמואל ותירץ הרשב"א דה"פ דלא משו' דשמואל לחוד רק משום דאביי ורבא וכ"מ היכא דקדשה בדבר שאינו מתקיים את"ד הרשב"א והנה להרא"ם דגם לשמואל אם קדשה בדבר שאינו מתקיים מקודשת מספק א"כ איך נוכל לפסוק כשמואל ומזה הכריע ג"כ דלא כדעת השעה"מ שפריך בפשיטות דלדעת הר"י וסיעתו אפי' פירש חוששין לקידושין ומעלתו כ' להיפך אף כי גם בזה דבריו קצרים כדי ליישב דעת הטור אבל כדי ליישב דברי הרא"ם אין הכרח לחדש זה דהרי דעת הרא"ם דבקידושי דרבנן אם נשאת לאחר לא תצא וכמ"ש השעה"מ באותה הלכה שם ליישב דברי התוס' ומכ"ש לפ"ז דאין הולד ממזר דאפי' בגט דמודה דתצא אין הולד ממזר ומכ"ש היכא דלא תצא אבל מפני חשש דאיכא עדים דהאי שעתא הוי ש"פ יש חשש ממזרת על הבנים ולהכי פרשו רבנן מהאי משפחה משום ממזרות ולפ"ז הנה נכון דאמרי לאביי ורבא טעמא דאם הקלו בשבוי' נקל בא"א להורות דאפי' מבכי תצא וכ"ש דמיושב מאי דא' דפרשו רבנן מהאי משפחה דלאו משום דס"ל כשמואל (דומ"ה לא הוי פרשי מן המשפחה) רק משום דס"ל כאביי ורבא ויש חשש לגנז על הבנים וזה יותר מיושב מתירוצו של הרשב"א דלדידי' בהאי עובדא גופא לא כ"מ מידי דע"כ היה דבר המתקיים לכן לא פירש מדהוכרח לומר דר"א ל"ל הא דהרא"ם דלא תצא בקידושין דרבנן וא"א לפרש כדברינו אבל הרא"ם לשיטתו ניחא כדאמרן. ויש עוד כ"מ בין קידושי ספק לקידושי דרבנן לענין קדושיא' אי קדושי דרבנן או קדושי ספק ואין להאריך בזה.

ומ"ש ליישב הקושיא בתוס' חולין דף י"א ע"ב ד"ה כגון דמאי חזקת צדקות יש כאן דאולי סמכה על ט"ע דקלא ובד"כ לא סמכינן על כך כדמוכח במסית גם זה נכון בסברא רק דלפ"ד אם הי' מכירין את המסית מאז בקולו לא הי' צריך להדליק לו נר והאפשר דהאמת כן אבל גוף הקושיא לא שמעתי והקושיא לא שמיעא לי כי מלבד שיש מקום לחלק בין היכא שהוא מכחיש בברי כמו מסית להיכא דאין אדם מכחיש וכן מחלקים בסימנים בפ' הכותב ד' פ"ה ע"ב ויש לי אריכות דברים בזה ועיין בנוב"י קמא בתקנת עגונות ד' כ"ה ע"ב ד"ה והואיל וא"כ אף בט"ע דקלא יש לחלק ואף שיש לדון בזה מכח סוגיא דג"ה ומ"מ הקושיא ממסית ל"ק ואולם מלבד זה לפענ"ד לק"מ דהרי זה תימה וכי אין ב"א מותרים בנשותיהם בלילה א"כ בוחנים תחלה הקול אשתו היא אם לא אלא ברור דתלמודן לא מיירי רק היכא דאין ידוע לו בשכבו כי אשתו לבדה עמו בבית אבל בידעו בשכבו כי אשתו עמו ולא אחרת בודאי מותר בה אף בלא ט"ע דקלא (דאל"כ חרש המדבר ואינו שומע האיך מותר באשתו בלילה) ומעתה אם העדים מעידים כי כן הי' אביו ואמו לבדם בשכבם ליכא למיחש לה כלל אם היא בחזקת צדקת שאחר בא עליו ולא הוצרך לאוקמי בחבושים בבית אסורים דלפי המסקנא בלא"ה ניחא ויעויין במהרש"א שם בחולין ובדברים האלה אין צריך לדברי מהרש"א שמפקפקים עליו מאשת כהן כידוע:

דברי הק' מאיר א"ש

סימן מג

את אשר כתב הדר"ג בענין הך דבת ר"ג דאמאי לא חיישי' למיתה אע"כ דסבר דלא חיישינן אף לשמא ימות ממילא לדידן חיישינן וה"ע דרי"ף והרמב"ם. ידיד ה' לא מצאתי מי שיאמר דלא חיישינן למיתה לזמן מרובה כמ"ש התוס' שם בגיטין אבל נראה דאין צורך לעשות תקנה אל הנולד יותר מאשר הי' מניקתו דגם על אמו יש חששא זו דשמא תמות ויכולה האשה לאמר הא קיימא אחרת בחריקאי:

החקירה אשר חקר מעכת"ר כי' אם לדעת הסוברים דאם פטר השליח משבועה מעיקרא גם לאחר תקנה דש"ה שלכ"ע אם צריך שתדע האשה דפטר אותם דאל"ב מלים למימר רציתי לשחק בך כמו בהכונין עדים אחורי גדר להרשב"א חקירת חכם כ"ב היא זו וגם מ"ש לתרץ דברים ראוים אל חכם לב כ"ב והנה לדעת הב"י שפסק כהרמב"ם והרא"ם בשם ר"י וסיעתם דכל שהיא מודה שקיבלה המעות רק שאמרה לשם פיקדון קבלתי וכן כתתים כי היא מקודשת וודאי אע"ג דגם הוא ס"ל כדעת הרשב"א דאם הכונין עדים אינה מקודשת כמבואר בב"י בסי' מ"ב אפ"ה ס"ל כאן בסי' ל"ה דהיא מקודשת וודאי כל שמודה שקיבלה הכסף נראה לכאורה דכ"ש דאם היא מודה דקבלה לשם קידושין ורק שכיונה לשחק דאין בדברי' כלום אם לא שנאמר דבזה אין העדים יכולים להכחישם מה שאין כן בהיא אומרת לפקדון העדים יכולים להכחישה בבירור שקיבלה לשם קידושין דעכ"פ הי' להרב"י לומר דאף באומרת לפקדון קבלתי ושתקתי לדברי העדים השלוחים שכתבו לשם קידושין כי כוונתי לשחוק בהם ואולם לדעת הסוברים דאפילו בהיא מודה שקבלתי לא הוי קידושין וודאי אזי יש לדון דאם אינה יודעת שפטרום המשלח ואולם אף במכתבת כתב המחבר דהוי קידושי ספק והא"נ תמה מה ספק יש כאן ולכאורה אם נשבעו העדים הרי שוב אינם נוגעים כלל ורק דכל עד שצריך שבועה אינו עד כמ"ש התוס' וסייעתם והרי שבועה זו דרבנן ומדאורייתא אין עליהם שבועה כלל ואיך יתבטלו הקידושין ולאמר דלא הוי מקודשת כלל למה מקד'



בפסולי עדות דרבנן דמקודשת רק שאם רוצה להיות עמה צריך לקדש בפני כשרים (וזה כעין מה שכתוב הח"מ והב"ש שם אלא שהוא ז"ל כתב מפני שאין כאן נגיעה דבין שיאמר אהדרנהו ובין שיאמר שמסרו לה צריכין שבועה ולפ"ז אם לא הי' יכול לומר החזרנו כגון שיש עדים שהמשלח הלך למרחוק מיד אחרי שמסר להשליח הכסף הי' נסתר ואולי גם הח"מ זה כוונתו) ולהיפך יש לתמוה אמ"ד דהקדושין בטלים לגמרי ואולי ס"ל כדעת הרי"ף בתשובה שהביא בתשוב' להרמב"ן דכל מקדש על דעת' דרבנן מקדש ולכך בפסולי עדות דרבנן הקידושין בטלים וכמ"ש הב"ש בסי' מ"ב ס"ק י"ט ואפשר דבזה פליגי בירושלמי בקידושי כסף לאחר תקנה לדברי התוס' ועכ"פ לדידן דקי"ל בפסולי עדות דרבנן מקודשת נראה לכאורה וודאי דאף כאן מקודשת עכ"פ אם נשבעו השלוחים מקודשת מדאורייתא רק שצריכה קידושין אחרים כמו שכ' המחבר לקמן בסי' מ"ב וזה שכ' כאן ספק קידושין או הוא ל"ד או איירי כל זמן שאינם נשבעין והבעל משלח אינו משביעם אבל אם נשבעו לכאורה מקודשת עכ"פ מדאורייתא ולפ"ז נראה דאם אינה יודעת שפטרום אינה יכולה לומר לשחוק נתכוונתי שלא ידעתי שנפטרו דהרי אף אם לא פטרום וישבעו תהי' מקודשת ואין לה לשחוק בזה:

איברא לפמ"ש המל"מ בפ"ג מהלכות אישות להסתפק אם שלח שליח לקדש וקידש קידושין דרבנן או ספק קידושין אם יכול לומר לתקוני שדרתיך או לא ואת"ל דיכול לומר לו כן א"כ צ"ל הא דאמרינן כאן דע"י השליח הוי ספק קידושין צ"ל היינו דהמשלח צוה לו לקדש בלא עדים וזה צ"ע אם לא יהי' חשוב כפטרוהו ואולי עדיף מיני' דאם צוה לו לקדש סתם הי' לו לקדש בעדים ומצי למימר לתקוני שדרתיך ואפשר דהיינו טעמי' דמ"ד דאינה מקודשת כלל וצ"ע אם שייך בזה לומר דאדרבה הבעל הי' לו לומר שיקדש בעדים כדאיתא בפ"ק דב"מ דאינו דומה כלל וכ"ש למ"ד דאפילו בשניהם מודים אינה מקודשת דלא דמי כלל:

ולענין הספק השני אם למ"ד דאין שבועת היסת בפחות משתי כסף ונתן לשליח רק פרוטה אחת אם מחשב נוגע כיון דרק משום פחיתות הממון אין בו שבועה אבל מעיקר הדין הי' עליהם שבועה יחשב נוגע לא אכחד מהדר"ג כי זה ימים בעסקי בסוגיא הזאת הי' פשוט בעיני דאינו חשוב נוגע עד שהגהתי על הר"ן בקידושין שתמה על מה הביא הרי"ף הירושלמי דעשה הכתף עד דהרי לאחר תקנה אינו נחשב עד ונפלאתי דהרי הר"ן ר"פ דשבועות הדיינים כתב דמסתברא דשבועות היסת אינה פחות משתי כסף וא"כ יש נ"מ באם הוא פחות משתי כסף ולענין קושית הרשב"א בתשובה נראה לפענ"ד דאין כוונת הרשב"א להקשות על הרמב"ם רק לברר הדין אליבא דנפשי' דהרי על הרמב"ם בלא"ה אין קושיא דהרי הוא פסק כאן בפירוש דאין השליח נשבע רק היסת כמבואר בפ"ח מהלכות שלוחין הלכה ז' וע"כ זה שכ' הרמב"ם בפ"ע הלכה ה' דצריך לשבע שבועות המשנה ה"ד בנותן מעות לקנות חפץ או נותן לו למכור חפץ שמתעסק בשל חבירו וכ"כ התומים בסי' כ"ג וכן הכ"מ בפשיטות וע"כ הרשב"א בתשו' שהביא ב"י בסי' כ"ג טעמי' דנפשי' קאמר דלדידי' ס"ל דאת"ל דמשלח חפץ למכור צריך לשבע הי' ג"כ כל שליח נשבע שבועת המשנה וזה א"א מסוגיא דקידושין מעתה אין להקשות עליו דיש נ"מ לענין פחות משתי כסף דאולי איהו ס"ל כדעת הר"ן ור"י שהביא הטור בסי' פ"ח דאף בהיסת צריך שתי כסף כתבתי כל זאת להשתעשע בדברי קדשו והדר"ג אשר יבחר יקרב:

סימן מד

בעזרת הש"י בסוגיא דתנאי כפול קידושין דף ס"א

הרמב"ם והרא"ש וסיעתם פסקו כר"מ דבעינן תנאי כפול ויתר משפטי התנאים ואם לאו התנאי בטל והמעשה קיים. וראיתי בספר מכתב מאליהו שתמה על רבינו ירוחם שכ' וז"ל כל תנאי שאינו כתנאי ב"ג וכו' אינו תנאי ואם לא התנה כך התנאי בטל והמעש' קיי' וכו' ואם לא כפל והוא בענין שבעבור שלא כפל יהיו קידושיו בטלין כתבו התוס' לא שיהיו בטלין לגמרי אלא מקודשת מספק וכו' וכתב עליו דלכאורה דבריו תמוהים דאיך הוא במציאות דבעבור שלא כפל יהיו הקידושין בטלין דהרי התנאי בטל והמעש' קיי' וכתב הרב בעל מכתב הנ"ל דהפירוש דקידושין שקבלה מאחר יהיו בטלין ואין הלשון משמע כן ושם בדף קל"ז ע"ב תמה על מהרי"ט שכ' לפרש דברי רש"י במתני' שכ' דרחב"ג לא פליג רק על תנאי כפול ולא על שאר משפטי התנאים והוא לכאו' אינו מובן כי איך אפשר לומר דבעינן שיהי' הן קודם ללאו כיון דלא בעי תנאי כפול כלל וכ' מהרי"ט דהכוונה דאם אמר אם לא תתן לי מאתי' זוז לא יהי' גט בזה גם רחב"ג מודה דלא חשיב תנאי כיון שהן נשמע רק מכלל הלאו הרי הלאו קודם להן ויליף לה מגדלא אמר מרע"ה רק אם לא יעברו ונאחזו בתוככם וכתב הרב מכתב מאלי' דלפ"ד מהרי"ט עולה לפי שיטת רש"י לרחב"ג אם אמר והתנ' בלאו התנאי בטל והמעש' קיים וכתב עליו שדבריו תמוהים דאיך יתכן לומר שאם נתן גט ואמר אם לא תתן לי מאתים זוז לא יהי' גט שיהי' מגורשת אף אם לא תתן שהרי לא אמר כלל לגרשה אלא מכלל דבריו נשמע שאם תתנו תהי' מגורשת ואיך אפשר שיהי' המכלל מבטל מה שאמר בפירוש ולפענ"ד נראה דלא כן כוונת מהרי"ט ולא עלה על דעתו כלל לומר שאם אמר לא תתני לא יהי' גט שתהי' מגורשת אף בלא נתנה ולהיפך הוא דלעולם התנאי הוא מה שמזכיר בלשון אם יהי' כן או תעשה כך ותשובת התנאי הוא מה שאמר א"כ בין שיאמר תהי' מגורשת או אמר לא תהיה מגורשת כמלאת דלר"מ דבעינן תנאי כפול האומר אם לא תתן ר' זוז לא תהיה מגורשת כיון דלית לי' מכלל לאו אתה שומע הן גם אם תתן לא תהי' מגורשת דהרי לא נשמע מכלל לאו הן וממילא אם נאמר לרחב"ג כמ"ש רש"י דלא פליג רק אתנאי כפול ולא בשאר משפטי התנאים א"כ אף לרחב"ג אם התנה אם לא תתני ר' זוז לא תהי' מגורשת כיון דהלאו קודם להן כמ"ש מהרי"ט התנאי בטל גם לדידי' אף אם תתן אינו מגורשת. וזה ברור בכוונת מהרי"ט אליבא דרש"י דהא לר"מ וודאי אם אמר אם לא תתני ר' זוז לא תהי' מגורשת כיון דל"ל מכלל לאו אתה שומע הן א"כ וודאי אינו מגורשת וממילא כיון דרחב"ג פליג רק על תנאי כפול אבל בשאר דיני תנאים שוין א"כ וודאי גם לרחב"ג אף אם תתן אינה מגורשת ולפ"ז לשיטת התוס' דרחב"ג אכולי' דיני תנאי פליג יחלקו ר"מ ורחב"ג אם אמר אם לא תתן או לא תעשה דבר זה לא תהי' מגורשת או מקודשת ולא אמר ההן לר"מ דלית לי' מכלל לאו אתה שומע הן אף אם תתן לא יהי' המעשה קיים ולרחב"ג דפליג אם תתן המעשה קיים וזה כוונת רבינו ירוחם שכתב דאם התנה ולא כפל באופן שבעבור שלא כפל יהיו קדושיו בטלין והיינו שאמר רק הלאו בלבד ולא אמר ההן דאז לר"מ קדושיו בטלים גם אם תתן ע"ז כ' דאזלינן לחומרא:

והנה בא"ע סימן קמ"ו סעיף ד' העתיק המחבר דין זה והוא מדברי הר"מ בפ"ט מה"ל גירושין דאם נתן גט ביד אשתו ואמר אם לא תתן מאתים זוז לא תהי' מגורשת הר"ז לא גירש כלל וכו' הב"ש לשון הה"מ אע"ג דמכלל לאו אתה שומע הן מ"מ כיון שלא הזכיר גירושין בפירוש אינה מגורשת וצ"ע מאין הוציא זה הה"מ ולפמ"ש אליבא דמהרי"ט לדעת רש"י אינו כן כמובן:

ובזה מיושב קושית התוס' על רש"י שכ' דרחב"ג לא פליג רק אתנאי כפול והקשו התוס' דהרי בב"מ מבואר דפליגי תנאים גם על שאר דיני תנאים גם מה שהקשה הפנ"י דאמאי לא פריך בשבועות כדמשני כי לית לי' לר"מ במשמע אבל באיסור' לא פליג מהך מתני' וכן בברייתא שמנו מחלוקת רבנן ור"מ בגטין ולהנ"ל י"ל דכיון דרחב"ג לא אמר רק צריך הי' הדבר לאומרו שאלמלא כן יש במשמע שאף בארץ כנען לא ינחלו וקשה דא"כ אמאי אמר מרע"ה אם יעברו וגו' לא הי' צריך לומר רק אם לא

יעברו ונאחזו בתוככם בארץ כנען (כ"כ רש"י בנדרים דף ע' ע"א) ממילא משמע דאם יעברו יתנו להם ארץ גלעד אע"כ להכי כתבי' משום דבעינן הן קודם ללאו וממילא ה"ה לשאר דיני תנאי ורבנן דפליגי ס"ל דהוי שני כתובים ולא ילפינן כלום אבל רחב"ג ע"כ לא פליג אכולהו והיינו דפריך בשבועות והא לית לי' לר"מ מכלל לאו אתה שומע הן דאין לומר דדוק' לענין שיהי' התנאי מבטל מעשה ולא התם שאין שם מעשה בשבועות העדות כי הניחא באומר הרי את מגורשת אם תתן לי מאתים זוז בזה י"ל שאם לא כפל אין התנאי מבטל מעשה אבל באומר אם לא תתן לא תהי מגורשת דאמרינן לר"מ דהתנאי בטל ואף אם תתן אינה מגורשת והתם ע"כ אין הטעם משום דלא אתי דיבור ומבטל מעשה דהרי אדרבה אמרינן דאין המעשה קיים כלל וע"כ משום דס"ל מכלל לאו אתה שומע הן ולפ"ז לא מצי פריך מברייתא דגטין. ובזה נכון מ"ש הרמב"ן בחידושיו דלר"מ א"צ הן קודם ללאו ותנאי קודם למעשה רק בתנאים ולא בשבועה ואלה. ולכך לא קפדינן בשוטה על תנאי קודם למעשה ולא על הן קודם ללאו ולא קפדינן רק על הכפל משום דלית לי' לר"מ מכלל לאו אתה שומע הן ומנ"ל הא לר"מ ואי משום מתני' דהמוציא אשתו משום איילונית הא לשמואל דמשני התם איפוך וכן לאביי לא מוכח משם כלום ולהנ"ל ניחא דכיון דלר"מ לא מהני אם יאמר הלאו בלבד ושם ליכא למימר הטעם משום דלא אתי דיבור ומבטל מעשה דאדרבה אמרינן דהתנאי בטל ואף אם תקיים תנאה אינה מגורשת וע"כ משום דלא אמרינן מכלל לאו אתה שומע הן גם בדליכא מעשה כלל:

ובזה פליגי הרמב"ם והרא"ש דלדעת הרמב"ם וכ"ה דעת הרי"ף והגאונים דבע"מ ומעכשיו לא בעינן משפטי התנאים כלל ורק בהא פליגי ר"מ ורבנן והקשו ע"ז הראשונים מדתקן שמואל בגט ש"מ כל משפטי תנאים והתם ע"כ מיירי מעכשיו וה"מ כתב דדעת הרמב"ם דהא דאמרי' דאם מתי לאחר מית' היינו אם לא כפל התנאי אז אמרי' דלא הי' כוונתו לתנאי רק לאחר מיתה דאם דעתו לתנאי הי' אומר כמשפטו בכפל אבל אם כפל לתנאי איננו כלאחר מיתה והקשה הלח"מ דא"כ אף באם תצא חמה כאמר כן ואמאי פסק הרמב"ם דאם מת בלילה הוי גט לאחר מיתה ואינה מגורשת ולפענ"ד יתכן לומר עפ"י דרכו של הה"מ באופן אחד דהרי כבר כתבו הראשונים לתרץ קושיות דבעינן ת"כ מכמה מקומות דאזלי' בתר אומדנא וכתב בעל המאור וכ"ה במגיד דעדיף אומדנא מן תנאי שלא כמשפטו ומבואר במאור הטעם משום דאיכא למימר אם הוציא התנאי בפיו הי' מוציאו כמשפטו מה שא"כ באומרו שלא כמשפט אבל התוס' כתבו דהכל לפי הענין ויש ענין שידוע לכל כי איננו עושה רק ע"ד זה ובזה א"צ אפי' לגילוי דעת ויש דצריך ג"ד ויש מקום דבעינן ת"כ והכ"מ אם התנה תנאי שלא כמשפטו בענין שא"צ רק גילוי דעת לדעת המאור התנאי בטיל כיון שלא אמרו כמשפט ולדעת התוס' אמרינן שליק את התנאי הא איכא גילוי הדעת והאומר רב הונא גיטו כמתנתו מה מתנתו אם עמד חוזר אף גיטו אם עמד חוזר ואמרי רבה ורבא לא ס"ל הא דרב הונא גזירה שמא יאמרו יש גט לאחר מיתה ופירש"י דכיון דאם עמד חוזר אתי למימר דלא גירש רק לאחר מיתה ואפ"ה אם ימות מתירין אותה יאמרו דאם גירש לאחר מיתה מהני ולא ידעו דכיון דלא פריש מידי להכי יהיב לה שיהי' הגט מעכשיו ע"מ שימות ועיין קרבן נתנאל שכ' דגם דעת הרמב"ם דתנאי דסותר המעשה לא הוי תנאי ולפ"ז ניחא דעיקר תקנת שמואל ורבא היינו שיהי' הנאי בדיבורו דכל שלא אמר כמשפט התנאי אמרי' דכוונתו הי' לקבוע הזמן לאחר מיתה אבל אחרי שתיקנו שיאמר ש"מ התנאי כמשפטו הרי הוא תנאי והרי הוא סותר המעשה וראוי שיהיה התנאי בטל והמעשה קיים וממילא יהי' גט אף אם לא ימות רק הרי כל גט ש"מ אף בסתם מעיקר הדין אזלינן בתר אומדנא ורק משום גזירה שמא וכו' וכיון שפירש אם לא מתי לא יהי גט ליכא למגזר שיאמרו כן דמאן דלא ידע וחזי דאם לא מת אינו גט יאמר דמשום שפירש אם לא מת וכו' ולא יאמר משום דיש גט לאחר מיתה ומאן דידע יודע דתנאי בטל ויודע מה שמקיימה אם לא מת משום אומדנא הוא:

ואולם הרא"ש והר"ן הקשו עוד מירושלמי דקידושין דאמרי' פליגי ר"מ ורבנן בע"מ שירדו גשמים דלרבנן אם ירדו מקודשת ולר"מ בין ירדו בין לא ירדו מקודשת ואמר הכל מודים בלאחר שירדו גשמים דאם לא ירדו דאינה מקודשת ופריך והאי אם לאו כלאחר ומשני שני' הוא שהיתה הארץ לפניהם והוא בא להוציא וכו' הרי דלירושלמי דווקא בע"מ פליגי ולא באם והכי דגמרא דילן פליג וס"ל דבאם פליגי אבל לא כאמר לפלוג להיפך מסברת הירושלמי:

והנה לפמ"ש הרמב"ן במלחמות בפ"ב דבילה לפרש את הירושלמי אין כאן היפוך סברה כי כתב הרמב"ן שיש ראי' להראב"ד שאומר כל שאין שם מעשה א"צ למשפטי התנאים וקאמר דהיינו דמקשה הירושלמי כי הי' סובר שלא החזיקו מרע"ה כלל בארץ רק לוה שאם יעברו אז יתנו כפשטי' דקרא ולכך מקשי הירושלמי דכלאחר דמי כיון שלא נעשה מעשה אבל כל שהוא עושה מעשה ורוצה בתנאיו לפעול שלא יחול המעשה רק כשיתקיים התנאי גם לירושלמי פליגו ויש להפליא על הר"ן בזה שלא הביא דברי הרמב"ן אלו. ולפענ"ד נראה לפרש את קושי' הירוש' ותירוצו שהיכם מהיפך סברת הגאונים רק דכלפי דאמרינן למ"ד צריך תנאי כפול לכשיהי' התנאי קיים ואם לאו התנאי בטל והמעשה קיים אבל בלאחר הרי אמרו בירושלמי דלכ"ע לא צריך משפטי תנאים וביאר הרמב"ם ז"ל שא"ל דיני תנאי רק בתנאי אבל לאחר אינו תנאי רק קובע זמן והכ"מ לדברי הרמב"ם שם בפ"ט בלאחר ל' יום צריך שיהי' הגט בסוף ל' יום ברשות מקום הראוי לקנות ובמתנה באם אין צריך שיהי' הגט בשעת קיום התנאי ברשותה דווקא אם הוא קיים ולא נקרע אף שאינו ברשות' מגורשת גם לענין אם נשאת קודם קיום התנאי להרמב"ם בלאחר ל' יום תצא ובאם לכתחלה לא תנשא אבל בדיעבד אם נשאת לא תצא רק מקיימת התנאי ואזלה. ואולם זה שאמרנו דבתנאי אם איננו כמשפטו שיהי' התנאי בטל והמעשה קיים ואם אמר אם תתנו מאתים זוז הרי את מגורשת אעפ"י שלא נתקיים התנאי אפ"ה מגורשת וכמצא אומר תנאו לבטלה ס"ל להירושלמי דהיינו וודאי לדידן דלא קיי"ל כר"מ אבל לר"מ דס"ל אין אדם מוציא דבריו לבטלה ראוי לומר דאם התנה באם דלאחר קיום התנאי קאמר ויחול המעשה וכיון שאינו רק קביעת זמן א"צ למשפטי תנאים ולזה הקשה הירושלמי דלר"מ ראוי לומר בכל אם דלאחר הוא שלא לבטל דבריו שאמר אם יעברו וכו' וא"כ למה הי' מרע"ה כופל תנאו הלא גם מבלי כפל הי' הדין שאם לא יעברו לא יתנו להם ומשני שניא היא שהית' הארץ מוחזקת בי"ס ולא שייך לו' לאחר קאמר ונמצא עיקר החילוק בין ע"מ ומעכשיו וא"ס להירושלמי אינו משום דמעכשיו צריך יותר למשפטי התנאים כמ"ש הר"ן רק דלכ"ע כל שהוא תנאי צריך להיות כפול להיות התנאי קיים אבל עיקר הטעם דמודה ר"מ באם להירושלמי היינו משום דס"ל לר"מ אין אדם מוציא דבריו לבטלה ואמרינן דלאחר קאמר וקובע זמן הוא ואינו תנאי כלל אבל בע"מ דהוא כאומר מעכשיו א"א לו' דלאחר קאמר וע"כ תנאי הוא ולכך צריך לכפול ונמצא דלכ"ע אף להירושלמי אם כוונתו בבירור לתנאי צריך לעשות כמשפטי תנאים רק לר"מ דס"ל אאמ"ד ראוי לו' באם דלאחר קאמ' ואינו תנאי כלל ואפשר אף לפום תלמודן הכי הוא ואין הפרש לדעת הגאוני' בין התלמודי' רק דלהירושלמי פליג ר"מ בע"מ ולתלמודן באם פליג ולית הלכתא כוותי':

והנה בעל מחנה אפרים ייחס דעת הגאונים גם לרש"י שכתב בסוף פרק השוכר את הפועלים על הא דמשני התם דלכך מתנה ש"מ להיות כשואל דלא הוי מתנה עמשכ"ב משום דמעיקרא לא שעבוד נפשיה ופירש רש"י דכיון דאתנו קודם שמשך אדעתיה דהכי משיך שלא יתחייב רק כש"מ אבל באומר הרי את מקודשת ע"מ שאין לך עלי שאר וכו' כיון דאמר הרי את מקודשת מיד היא מקודשת ויש לה שאר כסות

וכו'

וכו' דאין איסור לאלמן ואינו יכול להתנות עמש"ב והתוס' בפרק אף על פי תמה: דהרי בכל תנאי צ"ל תנאי קודם למעשה וכתב המנ"א דרש"י סובר כדעת הגאונים דבע"מ ומעכשיו לא צריך דיני תנאי ודחה השעה"מ את דבריו דהרי לדעת הגאונים הקשו מהך דאמר ר"מ בע"מ שתשמשי את אבא בגטין דבעינן ת"כ ועכצ"ל דהגאונים סברי דלא קי"ל כר"מ אבל עכ"פ לר"מ עצמו אפילו בע"מ בעינן ת"כ והנה וודאי לפמ"ש המנ"א ליישב דברי רש"י דס"ל כדעת הגאונים וכו' דבע"מ לא בעי משפטי תנאים יפה הקשה השעה"מ דהא עכ"פ לר"מ עצמו בהדיא קאמר ר"מ בע"מ דבעינן. אבל אפשר לומר דרש"י ס"ל סברת הגאונים דכל שאמר מעכשיו דאין התנאי בא לעקור את המעשה מהיות חל עכשיו רק יחול עכשיו על תנאי שהתנה לא בעינן ת"כ וזה אף לר"מ ולא פליג ר"מ רק בע"מ משום דס"ל ע"מ לאו כאומר מעכשיו דמי וכמו שכתב השעה"מ עצמו דאיכא למימר. ומה שהביא הרמב"ן מן התוספתא דמשמע מדלא פליג בסיפא מכלל דגם ר"מ סובר כן כתב הוא ז"ל דליכא למימר פליג ברישא וה"ה בסיפא ולפ"ז ניחא דרש"י שפיר קאמר דדווקא משום מתנה עמש"ב תנאו בטל אבל אם לא היה מתנה עמש"ב היה תנאו קיים דאע"ג דהמעשה קודם לתנאי ור"מ ס"ל דע"מ לאו כאומר מעכשיו דמי מ"מ ע"כ שייך לומר דלא כאומר מעכשיו ה"ד במתנה על דבר שעתיד להתקיים אבל זה שמתנה שמקדשה ע"מ שלא יהיה לה עליו שאר וכו' וודאי היינו שלא יחול עליו חיוב כלל ולא שתתחול לו חיובו דהרי רש"י כ' מכח אין איסור לאלמן אתי עלה. א"כ משמע שאינו מקבל עליו חיוב זה כלל וכן מוכח דברי התוס' בפרק אף על פי שם. ולפ"ז אם לא היה מתנה עמש"ב או אם אמרינן דבדבר שבממון תנאו קיים אע"ג דע"מ לאו כמעכשיו מ"מ בזה היו הקידושין חלין מעכשיו וכיון דעכ"פ במעכשיו אף לר"מ א"צ דיני תנאי קם תירוץ המנ"א על רש"י דאע"ג דתנאי אחר המעשה אפ"ה היה קיים אם לאו משום דמתנה עמש"ב תנאו בטל:

ולפ"ז נסתר פירושינו בירושלמי דהרי לפ"ז ע"מ לאו כאומר מעכשיו אין חילוק בין אם לע"מ שיהיה אם יותר כלאחר ונאסר יהיה ע"מ. והנה יש ליישב דברי רש"י הנ"ל באופן אחר עפ"י מה שתירץ הרמב"ן והרשב"א בסוגיין קושיות התוספות דהא בשבועה הוי לאו קודם להן ותנאי אחר המעשה לרש"י דאמר דהנקי קאי אבתרא ותירצו דדינים אלו הן קודם ללאו ותנאי קודם למעשה לא הצריכו אלא בתנאים בין אדם לחבירו אבל בשבועה והלכה אין להם ענין ולא פריך רק מכפילא דכיון דל"ל לר"מ מכלל לאו אתה שומע הן בכל מקום רק באיסור א"כ בכל מקום ראוי לומר כן ולפ"ז לא קשיא על רש"י דכהי דדעת הגאונים דבע"מ ומעכשיו לא בעי אפילו כפילא היינו משום דלא קי"ל בהא כר"מ דלא אמרינן מכלל לאו אתה שומע הן ורק בתנאים שבאים לעקור המעשה צריך כפל וכל דיני התנאים אבל מעכשיו דהמעשה חל על תנאי א"צ כלום אפי' כפל אבל ר"מ דלא ס"ל דאמרינן מכלל לאו אתה שומע הן וודאי אף במעכשיו אע"ג דשאר דיני תנאים לא בעי מ"מ כפילא בעי כמו בשבועה והלכה דא"צ הן קודם ללאו ותנאי קודם למעשה אפ"ה בעי כפילא ולזה שפיר קאמר רש"י אף לר"מ לא בעי תנאי קודם למעשה כיון שהוא חל מעכשיו ועוד דע"מ כאומר מעכשיו ולא בעי ר"מ בע"מ ובמעכשיו רק תנאי כפול אבל משום דל"ל מכלל לאו אתה שומע הן אבל יתר משפטי התנאים לא בעי וזה נראה נכון לפרש"י. אך רש"י במתניתין בקידושין צייר רש"י דברי ר"מ במקדש ע"מ וכו' כל דיני תנאי ואמנם המהרש"א כ' ריש פ"ב דרש"י מחליף שיטתו לפעמים ועכ"פ יש לפרש בב"מ שם כפירש"י לדעת הגאונים ויהי' זה סיוע לדעתם אך לפ"ז נסתר לכאורה גם פירוש הרמב"ן בפירוש הירושלמי דא"כ אמאי פריך הירושלמי והא אם כלאחר הוא ופירש הרמב"ן דהיינו כיון שאין המעשה מעכשיו מיד רק מלוה לאחר זמן לא יהי צריך לת"כ ואמאי כיון הכי דס"ל לר"מ דבאין בו מעשה אמרינן מכלל לאו אתה שומע הן ובשלמא הראב"ד בהך דהבו לי ארבע מאה זוזי ולכשוב נברתי שכתב שם דא"א נפרש כפירש הרז"ה שם דכיון דאין בו

מעשה א"צ למשפטי תנאים כלל איכא למימר דלדידא קאמר דכאן לא קי"ל כר"מ בהא אבל הרמב"ן שפירש כן אליבא דהירושלמי דמקשה לר"מ קשה אלא א"כ נדחוק דקושיות הירושלמי ג"כ אליבא דהלכתא וזה רחוק:

ואם הפירוש הירושלמי כמ"ש הרא"ש והר"ן דס"ל דר"מ לא פליג רק בע"מ ס"ל דבעי ת"כ אבל באם מודה עכצ"ל דהגאונים ס"ל להלכה להיפך מן הירושלמי.

ולכאורה יש להוכיח דבמעכשיו ג"כ בעינן ת"כ דהנה הריטב"א הקשה בסוף הסוגיא דאמאי בעינן לר"מ ת"כ משום דיליף מתנאי ב"ג וב"ר והיא גופא קשי' אמאי לא כיונא דהוי ב' כתובין ומה שתירץ דהא שפיר מצריך להו הרי אם על תירוצו הגמ' כי פריך לרחב"ג מקראי מכוון הריטב"א (ועיין מהרש"א ופירש"י בגיטין על הא דאמר רחב"ג לחד ליסנא דלא הוי ב' כתובין) א"כ יהי' מזה קושי' על דברי הר"ן שכתב שם דלכך מחייב ר"מ ביברכך וייטיב לך משום דמכלל ברכה נשמע קללה דדוקא לרחב"ג משכי תלמודן הכי אבל לר"מ הטעם משום כפילא ולהכ"ק אמאי לא הוי ב' כתובין. ואולם הרי באמת הדבר תמוה איך יקרא זה שני כתובין דאין מלמדין דבעלמא שפיר אמרינן דאין מלמדין בב"כ דאם ללמד באו צ"ל תרתי וע"כ דווקא בהכי דגלי הוי הכי אבל כאן אם כאומר דבעינן ת"כ א"כ כל היכא דבא תנאי בענין הלא צריך לכפלו שלא יהי' התנאי בטל וראיתי שעמד השעה"מ בזה ותירץ דעיקר היתור הוא בתנאי דב"ג וב"ר דכיון דכתיב ונאחזו בתוככם דלר"מ כל היכא דאית לכו במשמע ונייתר בארץ כנען והוי ב' כתובין והרי להירושלמי פליגי ר"מ ורבנן רק במעכשיו או ע"מ וצריך לומר דתנאי ב"ג וב"ר הוי כמעכשיו וכמו שמתרץ בירושלמי שהארץ היתה לפניה' וא"כ אין כאן ב' כתובים דכולהו כתובין הא לית בהו יתור כדאמרן דאחרי שיש שם תנאי הרי הוצרך לכפלו כמשפט ורק בתנאי ב"ג וב"ר יש יתור אבל אם אמרינן דהארץ היתה מוחזקת בה והוי כמו מעכשיו הרי למדנו מכאן דאף במעכשיו בעינן ת"כ מה שלא שמענו מאחר הכתובים:

ובזה י"ל פרפרת אחת דהירושלמי לשיטתו כי סוף כתובות נחלקו רבנן ורשב"ג בנשא אשה בקפוטקיא וגירשה בא"י דת"ק סובר נותן לה ממעות א"י ורשב"ג אמר דנותן לה ממעות קפוטקיא ופירש"י בתלמודן דת"ק סובר כתובה דרבנן והקילו לשלם במעות א"י דקלין משל קפוטקיא ורשב"ג סובר כתובה דאו' ובירושלמי הוא להיפך דרבנן סברי כתובה דאורייתא' (וע"כ מעות א"י טובים יותר) ורשב"ג סובר כתובה דרבנן וצריך עיון במאי פליגי ובפרט דבכתובות דף יו"ד איכא ברייתא דרשב"ג ס"ל כתובה דאו'. ולהנ"ל י"ל עד"ז הנה על קושי' זו איך אמר לחד ליסנא דהוי שני כתובין ואין מלמדין שהרי אין כאן יתור אחרי שיש תנאי צריך הוא לכפול. י"ל עפמ"ש ההפלאה דהא דאמרינן דסוטה הוי איסורא דאית בי' ממונא (ולא חשוב יש בו ממון מפני שאר כסות עונה מפני שבכל יום ויום הוא חיוב בפני עצמו אף אם אינה משקה אותה ולא גירשה עדיין אין מחייבין אותה ליתן לה שאר וכסות כיון שהיא גרושה לעצמה שנאסרה אחר שקינא לה ואף את"ל דמחייבין אותה לגרשה מ"מ חיוב ממון אין כאן רק הכתובה חייב אם אין רוצה להשקותה ואם כתובה דרבנן אין עוד חוב ממון כנלפע"ד לדעתם ז"ל) והכ"ק למאי כתב רחמנא תנאי הע"כ לב"כ כי בזה נודע דבכל מקום שהי' הרצון לכפול לכפלו כתבו רחמנא ואין ללמוד ממנו למקום אחר דהרי בסוטה איסו' גרידא וכפלו רחמנ' ולפ"ז ניחא דהירושלמי לשיטתו דס"ל דתנאי ב"ג וב"ר הוי מעכשיו וא"כ א"א לומר דרשב"ג ס"ל דהוי שני כתובים מכח קראי דב"ג וב"ר דהא צריכי. וע"כ משני סוטה הוי שני כתובים ואם הי' ס"ל לרשב"ג דכתובה דאו' שוב ליכא יתור ג"כ בסוטה דלגופא הוצרך לכפלו. וע"כ סובר כתובה דרבנן ותלמודן סובר אחד משני אלו או דרשב"ג לרבנן קאמר וצ"ל כלל דהוי שני כתובין או דס"ל דהוי ב' כתובין ולא מסוטה רק מקראי דב"ג וב"ר וא"כ אין הכרח כלל לומר לרשב"ג דסבירי לי' כתובה

דרבנן וכיון דאשכחן ברייתא דס"ל לרשב"ג כתיבה דאו' וודאי הכי ס"ל מתני'.

ולדעת הרמב"ם וסיעתו דפוסק דבע"מ ומעכשיו א"צ לשום משפטי תנאי וא"כ ע"כ מה שהתנה מרע"ה עם ב"ג וב"ר לא הוי מעכשיו וקמה לה קושי' הריטב"א דהא הוי ב' כתובין דאין מלמדין ותירוצינו לעיל נסתר לדעתו ז"ל: ויתכן דמזה יש להוכיח כדעתו ז"ל דמעשה קודם לתנאי לא מיקרי אלא אם עשה מעשה בפועל וכתן הגט או מעות הקדושין לידה קודם התנאי דהרי מה שכינו הרי את מקודשת ע"מ שאתן לך מאתים זוז ואיכך וכן לענין גט אין ראיה דבדיבור א"צ להיות התנאי קודם למעשה דהא ס"ל דבע"מ אין צריך להיות תנאי קודם למעשה ואפי' לר"י דס"ל דע"מ לאו כאומר מעכשיו מ"מ אין הכרח דהרי הה"מ כ' דזה שאמרו הגאונים דבע"מ ומעכשיו א"צ לדיני תנאי הכריחם לזה ממה ששנו בכ"מ במשניתנו תנאים בע"מ ולא הזכירו כפילת התנאי ואם זה הוא הכרח א"כ תקשי לר"י דאית לי' דע"מ לאו כמעכשיו וע"כ ר"י מוקי למתני' כרבי (וכמ"ש הפ"י לדרכו בקידושין דף כ"ט על הא דר"י) או דמוקי ר"י מתני' כרבנן דלא בעי ת"כ. וא"כ אין ראי' לתנאי קודם למעשה שיהי' בפועל בלבד כי ראוי לפוס פשטא דתלמודן בגיטין שגם בדיבור צריך להיות התנאי קודם למעשה ואולם יש הוכחה לבאורה ממתני' דגיטין דף ע' דפליגי ר' יוסי בכתבו ותני אם לא באתי דהתם ע"כ בדווקא שנו לשון אמירתו ואפ"ה התנאי קיים רק שלא כבר דחה הר"ן כי ע"י שליח א"צ למשפטי תנאים והביאו שגם השאלתות כתב לחלק בין שליח לבע"ד ובוודאי לא הי' דברי שאלתות נעלמים מן הרמב"ם ז"ל והא דפליג עלי' כרא' משום דלשיטתו דבמעכשיו א"צ לדיני תנאי וע"כ מה שאמר מרע"ה לאלעזר ויהושע וכו' אם יעברו ונתנו דאכסו יתנו ולא שהיו ב"ג מוחזקין מעכשיו וא"כ הרי התם הוי ע"י שליח וכמ"ש רש"י בכתובות דף ע' על הא דקאמר שם דבעינן שיהי' אפשר לקיימו ע"י שליח יע"ש (ובבית מאיר ואבני מילואים) ואפ"ה הי' התנאי כפול. לפ"ז מיושב קושי' הריטב"א כי לא הוי ב' כתובין דכיון דעיקר היתור הוא רק קרא' דב"ג וב"ר ולהכ"ל הא צריך להורות דגם ע"י שליח צריך תנאי כפול.

ולפ"ז עכל"ל דאף במעשה ממש אין סברא שלא יועיל תנאי גמור לבטלו. דאל"כ מכ"ל לומר דבמקום שיש מעשה דתנאי מועיל כלל כיון דתנאי ב"ג וב"ר לא הי' שם רק ע"י שליח והוי דיבור בלבד וכמ"ש מהרי"ט בחידושיו לה"ל קידושין הא דלא כמ"ש הרא"ש בתשובה כלל ל"ה ומ"ה הביאו ב"י סוף סימן ל"ח בא"ע כי שם כתב הרא"ש דהמגרש על תנאי אם יצא בתוך למ"ד יום לא יהי' גט שיכול לבטל התנאי ויהי' גט אל אף אם יבוא והביאו ראי' ממאמר אביי בכתובות דף ע"ה לא תימא נעמי' דרב משום דכיון דכנס כתם אחולי אחלי' לתנאי' וכו' הרי דיכול למחול התנאי ויהי' הקידושין חלין (נראה דהרא"ש אינו סובר כדעת הרשב"א ולא כדעת הר"ן שם בסוגין דקדשה על תנאי ודעהו לכאו' דכיון דלא ידע עדיין לא שייך לומר דלא קפיד ורק מטעם מחילה אתינן עלה) וכ' הרא"ש הטעם משום דהתנאי דיבור ואתי דיבור ומבטל דיבור וכ' הרא"ש דא"ל דהמעש' חל על אופן התנאי ואין התנאי דיבור בלבד רק מעשה נקרא דהרי חזינן דבעינן כל משפטי התנאים שהי' בב"ג וב"ר צריכין להיות בכל תנאי וע"כ היינו משום דתנאי חידוש הוא דלא אתי דיבור דתנאי ומבטל המעשה ימלך הסברא רק דגלי רחמנא דמהני תנאי ואין לך בו אלא חדושו ואם כדברינו דלעיל דתנאי ב"ג וב"ר מקרי ע"י שליח א"כ מנ"ל דתנאי מועיל אם אינו ע"י שליח ורחוק לומר דילפינן משאר תנאים דכתיבן דעל כל קראי דמייתי בתלמודן לא מליכו באחד מעשה גמור שנעשה עתה והתנאי מועיל לבטלו והנראה דהרא"ש בזה לשיטתו דסבירי לי' דגם בע"מ ומעכשיו בעינן משפטי התנאים וא"כ ס"ל כתירוץ הירושלמי דמיד החזיקו בארץ גלעד ולפ"ז שפיר איכא למימר דהוי מעשה ג"כ :

בעזרת הש"י בסוגיא הנ"ל מאת בן המחבר הרב מוהר"ר מנחם ני' :

קידושין דף ס"א ע"א מתני' ר"מ אומר כל תנאי שאינו כתנאי בני גד ובני ראובן אינו תנאי וכו' רשב"ג אומר צריך הדבר לאומרו וכו' ופרש"י דרשב"ג לא פליג אלא אתנ"כ לאודים והתוס' שם הקשו מב"מ דף צ"ד יעויי"ש. והנה הפנ"י תירץ דדווקא רשב"ג לא פליג רק את"כ אמנם ר"י פליג אכולהי והנה עדיין צריך הדבר יישוב דלמא מתני' אתיא כרשב"ג ונראה לפע"ד דהנה הפנ"י הקשה דז"ל איכא למידק דלמאי דלא סליק אדעתא ס"פ שבועת העדות דסוטה הוי איסורא דאית ביה ממונא וקא ס"ד דהוי איסורא גרידא ואם כן גם גיטין וקידושין הוי איסורא גרידא ולפ"ז מאי מהדר לאקשויי מסוטה הוי ליה לאקשויי מגיטין וקידושין דמיירי ביה ר"מ להדיא. ונראה לפענ"ד דהנה הראב"ד בהשגותיו פרק ג' מהלכות זכיה ומתנה ע"ז שכתבו הראשונים דבממון אין אנו צריכין למשפטי התנאים כתב וז"ל וטעם גדול יש לדבר ואיך יתכן שזה מוכר או נותן קרקע ואומר איני נותנו אלא ע"ת זה איך נוליא מידו ולא עשה כמו שהתנה אבל גיטין וקידושין אומדן דעתא הוא כיון שנתן דעתו לקדש או לגרש אינו אלא כמפליגה בדברים ובין תבין נחלת בני גד ובני ראובן לא היתה אלא מוחזקת ביד ישראל וכו' יעויי"ש. והנה לפי דבריו קשה לפענ"ד מאי הקשה הגמרא ס"פ שבועות העדות דר"מ אדר"מ דס"ל גבי שבועה מכלל לאו אתה שומע הן. והקשה הגמרא הא שמעינן לר"מ דל"ל מכלל לאו אתה שומע הן דלמא שאני התם גבי גיטין וקידושין משום דלא הוי אלא כמפליגה בדברים ולכך לא אמרינן מכלל לאו אתה שומע הן מה שאין כן גבי שבועה דלא שייך דאינו אלא מפליג בדברים אמרינן מכלל לאו אתה שומע הן. והנה אף אם לכאורה מוכח מכח קושית הגמרא דלא כהראב"ד מ"מ יקשה מנ"ל לגמרא להקשות דלמא באמת אמרינן כסברת הראב"ד ולא יקשה דר"מ אדר"מ. אמנם נראה דהגמרא הוכיח מהא דאיתא בב"מ וכל תנאי שקדמו מעשה אינו תנאי והתם איירי בממון וכמו שכתבו הראשונים דגם בממון בעינן תנאי קודם למעשה והגמרא בכאן סובר דאם נאמר דצריך בממון משפט תנאי זה הוא הדין לשאר משפטי התנאים (ובאמת צריך להבין אליבא דהראב"ד משנה זו ובפרט למאי דמסיק הגמרא דלכך לא הוי מתנה ע"מ ש"ב משום דאדעתא דהכי לא שעבוד נפשיה ואם כן למאי צריך למשפטי התנאים) וא"כ שפיר הקשה הגמרא דהרי מוכיח מהתם דלר"מ גם בממון צריך למשפטי התנאים וא"כ גם בשבועות אמאי לא אמרינן מכלל לאו אתה שומע הן ועל זה תירץ הגמרא דבממון דווקא לית ליה לר"מ מכלל לאו אתה שומע הן. והנה לכך לא יכול הגמרא להקשות מקדושין וגיטין דהייתי יכולין לומר דדווקא בקידושין וגיטין משום דאמרי' כיון שנתן עיניו לקדש או לגרש אינה אלא כמפליגה בדברים וגמרינן מבני גד ובני ראובן וכן בממון דווקא בממון שאינו מוחזק וכמ"ש הל"מ שם בהלכות זכיה ולכך הקשה מסוטה דג"כ הוי שבועה ומ"מ אם שם לא אמרינן מכלל לאו אתה שומע הן כמו כן גבי שבועה למה אמרינן מכלל לאו אתה שומע הן ועל זה תירץ הגמרא דדווקא באיסורא גרידא אמרינן מכלל לאו אתה שומע הן ולא באיסורי דאית ביה ממונא :

ולפי"ז מיושב קושית התוס' על רש"י דהנה רש"י הוכיח מדאמר רשב"ג צריך הדבר לאומרו ממילא אינו מחולק רק על ת"כ אמנם אינו מוכח רק גבי קידושין דבזה מיירי המתניתין שם אמנם גבי ממון לא אשכחן לרשב"ג דצריך למשפטי התנאים ונוכל לומר כסברת הראב"ד ולכך הביא הגמרא ברייתא דאבא חלפתא משום ר"מ דמיירי גבי ממון ;

הרמב"ם פ"ו מהלכות אישות כתב וז"ל אבל אם אמר הרי את מקודשת לי בדינר זה ונתן לה הדינר ואח"כ השלים התנאי ואמר אם תתני לי מאתים זוז וכו' הרי

התנאי בטל מפני שהקדים המעשה ונתן בידה ואח"כ השלים התנאי יעויי"ש והקשה הלח"מ מסוגיא דפרק מי שאחזו דף ס"ה דאיתא התם הרי זה גיטך והנייר שלי אינה מגורשת על מנת שתחזירי לי הנייר הרי זה מגורשת דבעי למימר דהיינו טעמא דמגורשת משום דלא כפלי לתנאי ואתקיף לה רבא טעמא דלא כפלה לתנאי הא כפלה לתנאי מגורשת מכדי כל תנאו כו' מה התם תנאי קודם למעשה אף כל וכו' לאפוקי הכי דמעשה קודם לתנאי ואם כדברי הרמב"ם דבעינן מעשה בפועל קודם התנאי ואז התנאי בטל מהיכן הוכיח רבא דהברייתא מיירי דהיה המעשה בפועל קודם דהרי לא הוזכר בברייתא רק שאמר התנאי קודם עכ"ל הל"מ. ונראה לפע"ד דרבא הוכיח דאביי דאמר משום דלא כפליה לתנאי ס"ל ע"כ דבפועל היה המעשה קודם לתנאי ולא רק הדיבור דהנה הקצות החושן סימן רמ"א סעיף י"ב הביא דברי הרמב"ן והרשב"א ביבמות גבי אין תנאי בחליצה דאם התנה ע"מ שתתן לי מאתים זוז דאין התנאי ונבטל המעשה מ"מ מחויב הוא ליתן לו מלד שכירות וכתב הקצ"הח דגם גבי אתרוג אם אמר אתרוג זה נתון לך במתנה על מנת להחזיר ולא כפליה לתנאי אף שאינו מחוייב להחזיר מלד התנאי מ"מ מחוייב הוא להחזיר מלד שכירות. ובזה יישב דברי הגה"מ דבנותן אתרוג לחבירו במתנה על מנת להחזיר לריך ליזהר בהד' דברים שהתנאי נתקיים בהם שהקשה הב"י דהרי אדרבה אם לא אמר הד' תנאים הרי התנאי בטל והמעשה קיים דלפי דבריו ניחא דגם אם לא אמר מחוייב הוא להחזיר מלד שכירות וכיון דגבי אתרוג לריך להחזיר לו האתרוג בעינו' ולא הדמים והתוס' פרק השולח כתבו דבדבר החוזר בעין אמרינן גם לרבא למפרע הוא גובה ואם כן אם לא אמר משפטי התנאים דמחוייב הוא להחזיר האתרוג בעין וא"כ למפרע כשזיכך על האתרוג לא היה שלו את"ד יעויי"ש. והנה קשה על דבריו מסוגיא דידן דאמרינן דאם לא כפלית לתנאי הרי היא מגורשת והנה הרי גם כאן דלריכה להחזיר לי' הנייר ולא הדמים וכמו שהקשה אביי לרב חסדא וא"כ גם כאן הרי הנייר כשתחזיר לו מלד שכירות הוא גובה למפרע וא"כ הרי לא נתן לה מאומה דהנייר לא היה שלה מעולם ונלאתי כי הרגיש הגאון ז"ל בעלמו באבני מלואים סימן ל"ט סעיף קטן י"ד יעויי"ש והנראה דכיון דאם לא אמר משפטי התנאים דמחוייבת היא להחזיר מלד חוב וא"כ אם נתן לה הגט ואמר הרי זה גיטך ונתן הגט בידה ואח"כ אמר ע"מ שתחזירי לי את הנייר אף שלריכה להחזיר לי' את הנייר מלד שכירות מ"מ מאימת מתחיל החוב משעה שאמר לה על מנת שתחזירי לי הנייר ובאותה שעה כבר היה הגט בידה וא"כ אף אם נאמר למפרע הוא גובה מ"מ החוב אינו מתחיל רק בשעה שאמר ע"מ שתחזיר לי הנייר והיא כבר מגורשת מקודם בשעה שנתן הגט לידה כמלא לפ"ז ע"כ מיירי שנתן הגט לידה קודם התנאי וא"כ שפיר הקשה רבא דכיון דאביי אמר משום דלא כפליה לתנאו ולכך התנאי בטל והמעשה קיים וה"ל דלריך להחזיר מלד שכירות וא"כ למפרע אין הגט שלה ועל כרחך לריך לומר דנתן לה הגט בידה ואח"כ אמר התנאי ואם כן שפיר הקשה דהרי בלאו הכי התנאי בטל משום דהמעשה היה קודם :

סימן מה

אשר שאל מר בדברי השארית יוסף שהביא הב"ש בסימן ל"ז סעיף קטן ד' אם יש בעלי חובות על אביהם היורשים לא ניחא לן השבועה של אמנו כי השבועה תקנו חז"ל בטובת היורשים ויכולים לומר לא ניחא לן בתקנתא וא"ז יורשים כתובת אמן יע"ש ועל זה הרבה מר לתמוה מכמה מקומות בדף כ"ג בתו' דלריכה לשבע ומדברי ב"ש עלמו בסימן קל"ח סעיף קטן י"ד ומשנה מפורשת בכתובות דף ל"ג שאשה נשבעת לחברתה וכן מבואר בח"מ סימן ק"ת :

לפע"ד דברי ש"י והב"ש שהביאו ברורים וחלילה שיתעלם מעמודי הוראה הללו דברים פשוטים כאלו ואולם ביאור דבריהם הנה על הא דרב ושמואל דאמרו אם מת לוה בחיי המלוה כבר נתחייב מלוה לבני לוה שבועה ואין אדם מוריש שבועה לבניו אמרו סוף פרק כ"ה הבו דלא לוסיף עלה כגון הפוגם שטרו ומת יורשיו נשבעין שבועות היורשים ונוטלים וכתב הרא"ש טעמא דמלתא דאלמוה רבנן לתקנת יתומים והחמירו בשבועתו יותר מכל הנוטלים בשבועה דמה"ע גם לטרוף מלקוחות לאחר מיתת המלוה אע"פ שאם היה חי היה לריך לשבע אם מת יורשיו נשבעין שבועות היורשים ונוטלים וכמבואר בח"מ סימן ק"ת בסמ"ע שהאריך שם מאוד ליישב דברי תשובת הרא"ש ומ"מ העולה לדינא מדבריו ודברי הש"ך שם וסוף סי' פ"ד דלטרוף מלקוחות יורשין נשבעין שבועות היורשים ונוטלים לדוקא לשמת יתומים איתא לרב ושמואל. והנה האשה הבאה לפרוע כתובתה מיתומים ויש שם ב"ח מאוחר יש עליה שבועה משני לדדים מלד שבאה לפרוע מיתומים ומלד שבאה לפרוע מנכסים משועבדים לב"ח והיינו מדיוקא דמתני' דכתובות דף הנ"ל אלא הפרש יש דמלד זה שבאת לטרוף ממשעבדי אם מתה לא אמיר כח דב"ח שנכסים אלו משועבדים אליו בלבד מלוקח ממש דאמרינן הבו דלא לוסיף עלה דרב ושמואל ויורשים גובים בשבועות היורשים ה"ה כשיש ב"ח מאוחר גובים יורשים כתובת אמם בשבועות יורשים בלבד וממילא ילא לנו מזה פשוט שאם כתב לה נדר ושבועה אין לי ולא ליורשי ועליך ועל יורשיך למ"ד דמועיל לפטור משבועה לשמת היורשים אבל לא לפטור מלקוחות ולריכה לשבוע כשיש שם ב"ח מ"מ אם מתה יורשים נשבעים שבועת היורשים ונוטלים כיון דלשמת היתומים אינם לריכים לשבוע רק לשמת הב"ח. ובזה אדם מוריש שבועה לבניו כגון שלא פטרה הבעל ומתה מה ממכב את היורשים לגבות את הכתובה. השבועה שהיתה האלמנה מחוייבת לשבוע נגד היורשים לא השבועה שהיא חייבת לשמת הב"ח ולפ"ז שפיר קאמר הש"י דאם היתומים הם עלמם יורשי כתובה יכולים לומר אי אפשרנו בתקנת חכמים ואם מוחלים השבועה שיש לאמם מלדינו ולא נשאר רק השבועה לשמת הב"ח ובזה ליתא לדרב ושמואל :

סימן מו

ישפות ה' שלומו. וישביעהו מטובו. ויהי ה' אלהיו עמו. ה"ה כבוד ידידי הרב המאור הגדול חו"ש וכו' כקש"ת מוהר"ר אברהם ילחק כ"י האב"דקק פ"ש והגליל יע"א :

ידיד ה' הגיעני אמרותיו הנעימים. והנה עד כה לא יכולתי להשיב על כי אפפוני טרדות עסביב ועתה באתי מעט במדברותיו כאוו. והנה בסוף הדבר אשר חקר על תקנת ד' ארלות שהביאו האחרוני' ז"ל ונתפשטו במדינה זו לא שמענו וכל שיש ספק פשוט שאין לדון כתקנה זו וכמ"ש הרמב"ם לענין תקנת הגאונים בגבי' מטלטלין ויעיין בב"ש סימן ק' סעיף קטן ב' ואף לפמ"ש הכ"מ שם דדוקא בכותבין במקום שהוא בכתובה קרקע ומטלטלין והוא לא כתב כן אבל לא כתב לה כלל כתובה גובה ממטלטלין הייט דווקא התם משום דתקנת גאונים היתה לכל ישראל וכמ"ש הרמב"ם בפירוש שם שנהגו כן בכל מקום אשר שמע שמעם אבל גאוני הארלות ז"ל לארלות תקנו וכל שלא ידענו כי קבלו עליהם תקנתם במדינה אחדת אין לדון רק כדין התורה ת"פ וכ"מ בטור סימן ס' בתשובת הרא"ש שם ובגוף הדין כבר שקל במאזני שכלו בלדק הלדדין שיש לומר בדין הזה והכריע לזכות את הבע"ח אלא שמ"מ יש להוסיף קלת כאשר כאומר בע"ה. הנה התומים כתב כדברי מעכ"ת כי' דאם כתב מקרקע ומטלטלין יש דין קדימה. ויש לתמוה עליו שלא הביא דברי הטור בסימן ק"ח שכתב שאף על גב דעשה לו מטלטלין אפותיקי אפ"ה כיון שהשיעבוד לא חל על המטלטלין אין בהם דין קדימה עכ"ל ואף ע"ג שהביא הב"י לשון בעה"ת דמיירי אם גבתה המאוחר כבר מ"מ הטור שכתב אין בהם קדימה משמע להדיא אפילו בבאים לגבות בתחילה שוים המוקדם והמאוחר וכ"כ הב"ח והפרישה שם בפירוש והש"ך בסימן ס' סעיף קטן ח' שתמה על מהרש"ך שכתב לסתור דברי

המב"ע

המבי"ע דאם כדבריו למה כתב כלל ומטלטלי אגמ"ק כיון דלא מהני מידי. ותמה עליו הש"ך דהא מהני לענין שאם עדיין היה ביד לוה שיהי' לו קדימה ולדברי התומים יפה תמה הרש"ך דאמאי כותבין אגב ולריך תקנת השוק לבטל דין התלמוד הלא טוב יותר שלא יכתוב רק מקרקע ומטלטלין ויהיה גם כן קודם למאוחר ולא ילטרכו לתקנת השוק. מזה נראה כי גם להש"ך פשיטא ליה אם לא כתב מאג"מ אע"פ שכתב מטלטלין ומקרקעי אפ"ה אין בו דין קדומה כלל :

והרא"ש בתשובה כלל ע"ב סי' זיי"ן כ' להכריח דלא מהני בדבר שיש בו אסמכתא אם כ' דלא כאסמכתא מדאמרי בב"ב ד' מ"ה ע"ב דאם כתבו מא"ק משתעבד ודוקא אם כ' דלא כאסמכתא כו' וכ' הרא"ש אבל אם משתעבד לו מטלטלין בלא אג"ק אע"ג דכתב דלא כאסמכתא לא מהני והיינו משו' אסמכתא דאע"ג דמטלטלין נקנין במתנה ובמכר נקנין בשיעבוד לא מהני בלא אגב והיינו משו' דהוי אסמכת' שאינו נותן לו לאלתר אלא בלשון דאי אם לא יפרענו יע"ש מבואר בדבריו דאם שיעבד לו מטלטלין בלא אגב לא קני כלל משום דהוי אסמכתא וא"כ אמאי מהני לענין קדימה אע"ג דהוא אבל הלוה ויש לעיין בדברי הרא"ש הללו דהרי בעשה שורו אפותיקי מפורש הטעם בג"מ משום דל"ל קלא ותירולי הסמ"ע והש"ך בר"ס קי"ג אינם עולים לדברי תשובת הרא"ש כמובן וראיתי שוב שהפרישה התעורר ג"כ בזה ולפענ"ד הי' נראה דס"ל להרא"ש דכל שכ' לו קרקע ומטלטלין קול יש לו גם למטלטלין וא"כ ע"כ הא דאינו גובה משום דאסמכתא הוא ורק אם כ' אגב גלי דעתא דסמיך עלי' וטעמא דקלא הולרך באפותיקי דאפי' באפותיקי מפורש אינו גובה מהלקוחות אע"ג דסמוך עלייהו וכמ"ש הסמ"ע ועכ"פ מבואר מהרא"ש בתשובה דיש בקרקע ומטלטלין בלא כ' לי' אגב משום אסמכתא ולפ"ז ראוי שלא יועיל כתיבת קרקע ומטלטלין לשום דבר. ול"ע על הב"ח כאן בסי' קי"ג ובסי' ר"ז כ' דלדעת הרא"ש מהני מעכשיו לחוד לסלק אסמכתא ולפ"ז ראוי שיועיל לדברי תשובת הרא"ש אם כותב מעכשיו אפי' לטרוף מן הלקוחות א"כ הדרא קושית הגמ' אמאי בפרה וטלית מעיד אולי כ' לו מעכשיו ובשלמא אם לריך גם ב"ד חשוב איכא למימר דכולי האי ליכא למיחש דוודאי קלא הוי לי אבל אם הי' מעכשיו לבד מועיל הי' לחוש לכך.

ואולם הרשב"א שכ' בתשובה הובא בב"י סי' ק"ד וכן הנימוקי בשם הרשב"א דאם כ' לי קרקע ומטלטלין דגובה מיתמי וכן הרמב"ם בפ"י מה"ל מלוה ובה"ל אישות שכ"כ דאם כ' לו קרקע ומטלטלין גובה מיתמא מדינא נראה לכאורה דלא ס"ל הא דרא"ש דהוי אסמכתא במטלטלין אם לא כ' דמקני באגב דאם היא אסמכתא למה יועיל לגבי יתמי. ול"ע דהרא"ש גופא בפ' מליאת האשה סי' ה' דעת ר"ת במטלטלין גובין עכשיו מיתמי משום דכותבין נכסי דא"ל אחריות ודל"ל אחריות דאף בלא אגב מהני לגבות מיתמי אם הוא בעין ובענין סתירת דברי הרא"ש שכ' בסוף פ"ק דב"ק דהאידנא מטלטלין נגבין מדינא דהוי כגמלי דערבי' בכתובות בפ' נערה וכן בקידושין בפ' האומר הביא תקנת הגאונים וכבר עמדו בזה הש"ך והב"ש להקשות על הרא"ש והטור עיין בק"כ מ"ש בזה ואינו נראה ודליתי לומר דבאמת כל שאינו גובה מן הלקוחות אין כאן שיעבוד ולזה כיון דאינו אלו מגבין למלוה מטלטלין שמכר הלוה אין כאן שיעבוד וע"כ הטעם או מפני תקנת הגאונים או מטעם שכ' הרא"ש בשם ר"ת שכותבין נכסים דל"ל אחריות וכל תנאי שבממון קיים אבל שיעבוד אין כאן אחרי שאין גובין מן הלקוחות דא"כ לא יהי' תקנת השוק וכמ"ש הרא"ש שם בפ' מליאת האשה להקשות בשם ר"ת ובב"ק לא אמר הרא"ש רק כלפי דברי רבינו אפרים שהשיג על הרי"ף שכ' דבזמן כגבין האידנא ממטלטלי והשיג הוא דבזמן דלא שכיח לא תקנו הגאונים והשיב הרא"ש ע"ז דהא באמת המטלטלין האידנ' הוי כגמלי דערבי' ורק מפני תקנת השוק אין גובין לכך הולרך לתקנת הגאונים ואם נאמר דבמלתא לא תקנו א"כ אף לתקנת השוק לא ניחוש והי' מקום לטרוף אף מן הלקוחות ואם עשו בו תקנות השוק אף תקנת הגאונים איתא בזמן. ועכ"פ הרי ר"ת והרמב"ם והרשב"א כולם ס"ל דבכותב בשטר קרקע ומטלטלין דנגבין מיתמא מדינא א"כ נראה דלא הוי אסמכתא כמ"ש הרא"ש א"כ לדבריהם איכא למימר כדעת התומים דכל שישנם ביד הלוה המוקדם גובה בתחלה קודם למאוחר ואפי' במטלטלין דאיקני ומהני ומה שכתב כת"ר כי' דדעת הש"ך דאין דאקני מהני בכתובה לא ידעתי למה סמך ע"ז הרי השיגו עליו כל הבאי' אחריו הלא בספרתם רק דמ"מ כתב ומעכת"ר כי' יפה דכיון דאם תפס לא מפקינן מיני' ומה שגבה גבה ע"כ גם בכתב לה מקרקעי ומטלטלין איתא להך דינא דאם אין לפרוע לשניהם יהבינן להו לב"ח משום נעילת דלת וכן מבואר מדברי הח"מ בסי' ק"ב ס"ק ב' ע"ש. אבל כ"ז דוקא אם לא תפסה אבל אם תפסה כגון כלי בית שכ' ומעכת"ר כי' בזה ל"ע לפמ"ש הח"מ בס"ק ט' שם דאיכא למימר דגם לדעת י"א דוקא במטלטלין דמדינא לא משתעבדי לכתובה אבל בקרקע לא יע"ש שהעלה בל"ע. ונראה מדעתו דאין להוליא מיד האשה וא"כ אם כתב לה מקרקעי ומטלטלין דג"כ מדינא גביא עכ"פ אם תפסה אפי' שלא ברשות ב"ד אין להוליא מידה ואם יש להמלוה רק ח"כ פשוט ולא כתב בו שיעבוד מקרקע ומטלטלין כנהוג בין הסוחרים ולאשה יש מקרקע ומטלטלין כתוב בוודאי בכתובה בזה אפי' לא תפסה ל"ע אם יהבינן לב"ח כיון דלאשה משועבדין מדינא ולב"ח רק מתקנת הגאונים לא אלימא תקנתא דגאונים למבטל שיעבודא דאשה לגמרי לא לבד לדעת הרי"ף דס"ל דמע"פ מוקדם למלוה בשטר מאוחר מלוה בשטר קודם נראה וודאי כיון דלאשה משועבדין המטלטלין ולב"ח אינם משועבדין אינו בדין להפקיע כח האשה אלא אפי' לדעת ר"ה דס"ל דמע"פ קודם היינו משום דגם למלוה ע"פ משועבדין דל"ד אבל בזה אין שיעבוד לב"ח ולאשה יש שיעבוד וכ"כ מדברי הרשב"א שהביא הב"י בסי' ק"ד בראשו שכ' דאם בא לגבות מטלטלין לוי קודם משום דמטלטלי דיתמי לא נשתעבדו לב"ח ולא נשתעבדו לשמעון וללוי שכ' לו מטלטלי אג"מ נשתעבדו ואע"ג שמתקנת הגאונים מטלטלי דיתמי נמי משתעבדי לב"ח לא אתיא תקנ' הגאוני' ומפקי מידי דמלוה שבשטר דנשתעבדו לו מדינא וזה מוכח כמ"ש ואע"ג דהרשב"א איירי שכ' לו מטלטלי אג"מ מ"מ לפי הטעם שכ' אין לחלק והרי הרשב"א ס"ל כר"ה דמלוה ע"פ מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר ויעויין בטור אה"ע בסי' קי"ג ובב"ח שם ובב"ש סי' קי"ג ס"ק ע"ז ומכ"ש אם תפסה נראה בכה"ג וודאי לא מפקינן מינה זה הנלפענ"ד בזה ומעכת"ר כי יבחור וישפוט בלדק בעזרת השם:

והאיש אשר פער פיו לבלי חק על רבינו הקדוש שעתיד כו' על כי קתם המשנה והאמוראים הולרכו לחלוק בפירושם בוודאי ראו לכדותו עד כי ישוב בלום ובכי ולהודות על סכלותו במקום אשר הזיד לדבר, והלא זה גרוע מאשר אמרו מאי אהני לן רבנן דאיתא ב"פ חלק דהוי אפיקורס ואם הבין הסכל ההוא מדוע דברים שבע"פ לא ניתנה לכתוב והמשנה לדעת קצת ראשונים נכתבה ולדעת קצת לא נכתבה רק רבינו הקדוש סידרה בין כך ובין כך רבינו הקדוש כיוונו עמו על שסתם הדברים ואין להאריך בזה ופי כסיל מחתה מה. זה לאמר עתיד ליתן את הדין על קדוש ה' אשר כבר מאות שנים בא שלום ונוח על משכבו וזכה ביום פטירתו מה שלא זכו אחרים קדושי עליון " ועתה יצא בער הלזה לשפוט שפוט את מעשהו ז"ע „ ישמרנו ה' משפת שקר ומשוט לשון כחבא בצל יד ה' ובסתר כנפיו סלה : דברי ידידו שוחר טובתו :

סימן מז

מכתבו הגיעני ולא נפניתי עד עתה להשיב מטרדות שונות אשר אפפוני והנה גם עתה אין הזמן מסכים להאריך רק לעיקר הדין שהוא חוקר לדעת הב"ח והח"מ שהסכימו לדעת התוס' ושאר הפוסקים לבד הרז"ה במאור לאנשי יהודא שיש ביד יתומים לסלק כתובה לאלמנה אין מעשי ידי' של היתומים ומעתה לאנשי גליל אם מכרה או מחלה ומקלת כתובתה דפסקינן כמ"ש הרא"ש בשם הגדולים דהרשות ביד

יתומים לסלק כתובתה אם לא סלקוה והיא ניזונת מנכסי יתומים אם מעשה ידי' שלהן. ובאמת הלכה הוא אומר ולא למעשה מ"מ להלכה יש תשובה מולאת.

הנה הח"מ ריש סי' ל"ה חולק על עיקר הדין של הב"ח וס"ל דלדעת התוס' בעין לא אפשטא ולדעת הרי"ף וסיעתו אין הפירוש כלל כבעין כמ"ש התוס' וממילא גם לאנשי יהודא מעשה ידי' שלהן והב"ש סתר דבריו דבעין איפשטא דלמסקנא ניזונת להרי"ף ורא"ש ומלחמות ואע"ג דהרי"ף מפרש הבעי' שלא כהתוס' מ"מ כיון דתנן ניזונת כאנשי גליל אין להוצי' ממנה מעשה ידי' רק לאנשי גליל ועיד דהיא מוחזקת בכל ספק כמ"ש לעיל את"ד:

ויש לעיין בדברי הב"ש האחרונים דכ' שהיא מוחזקת דלכאו' לפמ"ש התוס' הטעם דלכך נכסי בחזקת אלמנה קיימי משום דלעולם יש לה מזונות א"כ לאנשי יהודא דהרשות ביד יתומים לסלק לה כתובתה ושלא לזונה אין הנכסים בחזקתה וכ"מ בהפלאה ד' נ"ו ע"ב ד"ה ור"י יע"ש ולפ"ז לא שייך לו' כאן דהאלמנה מוחזקת כיון דמיירי לאנשי יהודא במקום שנוהגין כמותם כי שם אין הנכסים בחזקת האלמנה ולפ"ז יש קצת ראי' דאף להתוס' יש להיתומים מעשה ידי' במכרה ומקלתה מן הירושלמי שהביאו הרא"ש והר"ן על הך דמוכרת וכותבת אלו לכתובתי' ומכרתי ה"ט דכותבת לכתוב' מכרתי שאם יצא מלוה בשטר תאמ' כן לכתובה מכרתי ואם הי' מעשה ידי' שלה והרי כיון דאין הנכסים בחזקתה מתוך שיוכלו לסלקה בלא"ה נוח לה שתפרע לכתובה מכרתי כי יהי' לה מעשה ידי' כמובן ומיהא זה יש לדחות באופנים שונים.

אבל על דברי ב"ש שכ' דנכסי' בחזקת אלמנה קיימי אף לאנשי יהודא י"ל דס"ל כמ"ש הרא"ש דהטעם דנכסי בחזקת אלמנה מפני שמוכרת שלא בב"ד ומש"כ מעלתו כי' כי התוס' דחו טעם זה אינו כן שהרי קיימי דאולי ביש עדים שנשרפ' אח"כ וזה שכ' הרא"ש בב"מ בסוגיא דהטוען אחר מב"ד דלריך טעמא דמב"ד אף במקום שאין כותבין אין ריעותא וא"כ הנכסים בחזקתה היינו משום דהרא"ש לשיטתו שפסק כב"י דגרושה לא תמכור אלא בב"ד וממילא אין הנכסים בחזקתה ויש להאריך בזה בסוגיא ההיא ואין כאן מקומו ומ"ש הב"ש דגם להרי"ף וסייעתו הדין דדוקא לאנשי גליל מעשי ידי' שלהן לכאורה לא משמע כן מדברי הרמב"ן במלחמות ס"פ נערה שכ' להביא ראי' דהלכה כאנשי גליל מר"פ שום היתומים דאמר ר' אסי אין נזקקין לנכסי יתומים אלא א"כ רבית אוכלת בהן ור' יוחנן אמר אף לכתובת אשה ופריך לר' אסי ומתני' דשום היתומים ומכריזין ואיתא התם אמר לך ר"א ולר"י מי ניחא מי שבקינן מזוני דמודאי ומפסדי ונקטינן הכרזה דלא ידעינן כו' ומשני הא ל"ק בתובעת כו' הרי בלא תובעת אין מכריזין ופ' הרמב"ן דמזה מוכרח דלא כאנשי יהודא דלדידהו כיון דהיתומים או הב"ד שהן במקומן רק רולין ליתן לאלמנה מזונות שכך כותבין עד שירלו ליתן כו'. והנה יש מקום לבעל דין לחלוק דבאינה תובעת כל עוד שאין כותבין ממש אית לה מזונות ואם ס"ל להרמב"ן כסברת התוס' דלאנשי יהודא אין מעשי ידיהם שלהן בפשיטות יש הוכחה דלא כאנשי יהודא דהרי קאמר טייכו דהטעם דאין נזקקין לר' אסי לכתובה וירווחו מזונות משום דיש ליתומים מעשי ידי' ור"י סבר זימנין דלא כפקה ואי הלכה כאנשי יהודה הרי אין מעשי ידי' של יתומים וה"כ אמאי אין נזקקין ואבל כיון דאכן נזקקין מעשי ידי' שלהן משום דלא גביא כתובתה דהרי ע"ז אנו דנין אלא ע"כ דנ"ל כסברת התוס' להרמב"ן ואולם יש לדחות דע"כ לא קאמר הב"ש דאף להרי"ף וסיעתו הדין כמ"ש התוס' היינו את"ל דהלכה כאנשי גליל וכזונת הכן ה"כ מה שסכינו במתני' דמעשי ידי' שלהן הוא רק לאנשי גליל אבל את"ל דהלכה כאנשי יהודא דהניזונת תכן וודאי דלאנשי יהודא ג"כ מעשי ידי' שלהן וא"כ א"א להוכיח מזה דלא כהמאור דהרי לדידי' הניזונית תכן ולפ"ה מעשו ידי' שלהן.

אך לפ"ז יש ראי' נכונה דלהתוס' וסיעתו עכ"פ לאנשי הגליל אע"ג שמשכנה או מחלה מקלת כתובתה ויש רשות ביד היורשים לסלק לה כתובתה אפ"ה כל זמן שלא סלקוהו מעשה ידי' שלהן דאל"כ איך קאמר ר' אסי דאין נזקקין רק אם רבית אוכלת בהן ולא לכתובת אשה תקשי אלי כל הנך פרכי דמותיב התם הרי במחלה ומשכנה כתובתה כיון דיכולים לסלקה אין עוד מעשי ידי' שלהן ורא וי לזקק אע"כ דבכל ענין לאנשי גליל מ"י של יתומים והסברא כותנת כך שלא תמכור מקלת כתובתה להרוויח מעשי ידי' אם כתובתה גדולה שלא ירלו יתומים לסלקה עיין ברא"ש ס"פ נערה ועיין באבני המלואים שכ' לדחות דברי הב"ח דעיקר הטעם באנשי יהודא דאין מעשי ידי' שלהן משום שאינם כבעל ומא"כ בגליל דהוי יתומים כבעל גם אם נהגו לחלק כתובה להאלמנה מ"מ התקנה לא זזה ממקומה ואין דבריו מוכרחים דמדוע לא נאמר דקבלו לגמרי כאנשי יהודא ומ"מ בגליל דהתקנה היתה שיהיו יתומים כבעל לזונה משום שמכרה מקלת לא הפסידו מעשי ידי' וכ"מ מסתימת דברי הב"ח וב"ש דהי' להם ז"ל לכתוב דינם באופן זה לדין התלמוד ולא במקום שנהגו:

סימן מח

אשר דרש ידידי מאתי אודות האיש אשר שבק לן חיים בתוך שנה ראשונה לנשואין והניח אשתו מעוברת מה דינו לפי המנהג שבתוך שנה ראשונה אינו נוטלת אלא מה שהכניס' אם מת מבלי זרע קיימא אם גם בהניחה מעוברת הדין כן. והנה לפי לשון תורה יש להסתפק אם הלשון זרע כולל מעוברת דהיינו היכא דכאמרה בלא זרע אם כולל ג"כ שלא תהיה מעוברת דהרי בתרומה דכתיב וזרע אין לה ובעינן ריבויי כנעורי' פרט למעוברת ומיהו מזה משמע דבכלל זרע יש ג"כ מעוברת דהרי בנדה (דף מ"ד ע"א) מלריך תלמודן הכך קראי וקאמר דאי כ' ראמנא וזרע אין לה משום דמעיקרא חד גופא והשתא תרי גופא וכו' ואם מעוברת מקרי זרע אין לה א"כ בלא"ה אילטרך כנעורי' אע"כ דבעלמא בכלל זרע אין לה היכא דאין טעם לחלק גם מעוברת בכלל לכך אילרכו בתלמודן לאהדורי אטעמא אחריכא והא דאילטרך ביבמות (דף ל"ה ע"ב) לר"ל דק"ל אין לו עיין עליו למפסל חלילת מעוברת היינו משום דבהפילה לבסוף מיירי יע"ש בתוס' ד"ה ור"ל סבר וכו' ולעולם כל היכא דרתיב וזרע אין לה מעוברת ממועט אם אין לנו טעם לחלק וכאן אין טעם לחלק דאדרבה אמרינן בתקנה זו הבו דלא לוסיף עלה כמבואר באה"ע סוף סי' ק"ח בח"מ וב"ש שם וכן בלשון דאחר זה הולכין בשטרות כמבואר בכמה מקומות וכן משמע בנזיר שמעוברת מיקרי יש לו וולד יע"ש בדף י"ג ע"א דע"כ לא כחלקו אלא אי כחית איכש כפשי לספיקא אבל לכ"ע אם הי' ידוע שהוא וולד של קיימא מתחילה רק דאח"כ נעשה נפל הי' נזיר אע"ג דמעיקרא כשהי' בן קיימא הי' בבטן האם ש"מ דגם אז מקרי וולד. ומעתה לפ"ז כיון דמעוברת בכלל יש לו זרע מקרי אף לפי התקנה תטול האשה כל כתובתה וכן משמע קלת באה"ע סי' כ"א דהביא שם הב"ש ס"ק י"א דהוולד לריך שיהי' שלשים יום אחרי מיתתו ואם איתא דבעינן שיראה הוולד קודם מיתתו דכן משמע הלשון של בלא זרע קיימא אף אנו כלריך שיהי' דוקא שלשים יום בחיי דבעל ואם כאמר דהתם שאני דכשהי' שלשים יום אגלי מילתא למפרע שהי' וולד של קיימא א"כ ג"כ לענין מעוברת ראוי לומר כן דכשילדה אגלי מילתא למפרע שהי' לו זרע קיימ' באופן שנראה ברור ועיקר דאם תלד האשה ויהי הוולד שלשים יום תטול כתובת' משלם באפי' הי' הדבר בספק קלת הי' ראוי לומר הבו דלא לוסיף עלה ואולם אם לא הי' הולד של קיימא אז אין לה אלא מה שהכניסה ויש להשליש ביד נאמן המותר על מה שהכניסה ביד שליש שאם יהי' הולד של קיימא יתנכה לאשה עד כדי שיעור כתובתה ואם לא יהי' הוולד של קיימא יתנכה לאבי הבעל ולענין מזונות האשה ושכר הנקתה אם תבעה כתובתה בב"ד אין לה מזונות ואע"ג דכתב הב"ש בסי' נ"ג דאין לה לב"ד לתקן לאשה שלא יהי' לה מזונות בג"ח הראשונים או בתוך כד"ח של הנקה מ"מ אם תבעה כתובתה איבדה מזונות אף בתוך זמן זה כמבואר

בח"מ ח"ב סי' ק' אבל כיון שאין לה מזונות צריך ליתן לה שכר הנקה כמבואר באה"ע סי' פ"ב סעיף ב' ואם יהי' מותר על כתובת' דהיינו אם תלד וולד של קיימא ויהי' שם מותר על כתובתה תחת ידי מי יהי' המותר הזה אם תחת ידי אבי הבעל המת או תחת ידי אבי האשה ומבואר בח"מ סימן רפ"ה סעיף ח' דבמעות מורידין קרוב לנכסי קטן וכתב הרמ"א שם דאם יש קרוב ורחוק שניהם נאמנין מורידין קרוב ואותו מעמידין ולפ"ז כיון דמשפחת אם אינו קרוי משפחה לפ"ז ראוי ליתן המותר לידי אבי הבעל מיהו היינו אם ג"כ מפורסם לנאמן כאבי' שאל"כ נותנין לידי הנאמן ולאשר רואה אני שאם תטול האשה כתובתה לא יהי' שם מותר ובפרט אם תטול ג"כ מזונות או לכל הפחות שכר הנקה ואין להאריך בזה ואין לדיין אלא מה שעיניו רואות כי יש על האשה שבועה כידוע אם תבא ליטול כתובתה ואם לא תבעה רק כדוכיא ג"כ כ' הב"ש בסי' ל' שאם אינה בעין צריכה לישבע ויש כח ביד ב"ד לטובת היתומים למחול על השבועה ועכ"פ פסקא דדינא לפענ"ד שתטול האשה מזונותיה והמותר יהי' מושלש ביד שליש עד שתלד ויהי' הולד שלשים יום ואז יתנו לאשה בכדי שיעור כתובתה וכתבתי זאת לפום ריהטא מאוד לזאת ימחול לעיין בכל המקומות ולעשות הטוב והישר כי הנני טרוד מאוד בענינים אחרים וגם הגיע העת אשר אני מוכע עלוני לכתוב.

דברי ידידו הק' מאיר א"ש.

סימן מט

אשה אחת בת גדולים וגם בעלה ראשון היה נכבד מאד. והנה נשאת וחיתה עמו חיי צער בהכאות וגידופים זה עשר שנים עד כי מקרוב אמר כי א"א לפרנס את אשתו כלל מחמת חסרוני גופו ואשר באמת ישנם בו מומים כבירים גם טרם נשאו את האשה וילך ויפרע הקפותיו אשר בהם החי' ביתו והוא מתגולל אצל בנותיו. והנה יש לאיש בית אחד שווי קרוב לערך אלף זהובים וכלי בית מועטים. ויש אשר חשדוהו כי הבריח ממונו וכן טוענת האשה. והאשה יש בידה תנאים אחרונים כתוב בהם שהכניסה לו בשנת תקע"ג סך שלש מאות זהובים ומפורש שם שיש לה תוספת כתובה אבל אין מפורש הסך. אך הבעל הודה שכתובתה עם תוספות סך חמש מאות זהובים ויש בידו עוד מבן אשתו הנ"ל סך ארבע מאות זהובים אך זמן הכתב ההוא מאוחר מהכתובה שני חדשים. עוד בא לפנינו שטר חוב אחד מסך שלש מאות זהובים וחתום בחתימת ידו ובעדים גם הוא ליתומים בעירנו ויוצא כתוב בו הזמן משנת תקע"א הראהו אפטרופוס היתומים אך אחרי החקירה הודו האפוטרופס גם העדים כי נכתב מקרוב והקדימו הזמן אך אחד מהעדים אשר לא היה ניכר כתב ידו כל כך אמר כי לא ידע שהזמן מוקדם אבל השני כתב גם השטר אבל עין ראתה העדים והאפוטרופס תעידנו כי באמת כן הוא שהחוב אמת אבל הזמן מוקדם. ועתה האשה תובעת גט וכתובה כי א"א לה כלל עוד לדור עמו והבעל בתחלה אמר כנזכר לעיל שאי אפשר לו כלל לפרנס את אשתו וכמה פעמים אמר שאם יכריחוהו לפרנס ולזון הב"ד יתחייבו בנפשו וכהנה דברים אחר כך טען כי רצונו למכור חלק אחד הטוב והיפה מן הבית ולשלם להיתום בן אשתו את חובו והוא ואשתו יחיו ביותר לחם צר ואין בנותר מן הבית כדי שיעבוד כתובתה ומכ"ש כדי פרעון סך החוב אשר להיתום אחר ילמדינו רבינו מה משפטו ושכמ"ה:

והנה הרמ"א באה"ע סי' ע' כתב היה לו קרקעות הרשות ביד אשה ליקח מעט"ז מפירות הקרקעות או צריך למוכרן ועיין בח"מ שכתב דאין הברירה ביד האשה רק אם יספיקו הפירות לשניהם תזון אשתו עמו מן הפירות ואם לא יספיקו צריכים ב"ד לכוף לבעל למכור לזון או יגבו לה מזונות מאותן קרקעות אף על פי שאין מספיקין לכתובתה והרשב"א שם בתשובה כתב בזה הלשון אע"פ שאין מספיקים הנכסים ליתר מכדי כתובתה אם הוא רוצה לזון מהם צריכין ב"ד לכוף לבעל למכור למזון או יגבו לה מזונות ולא נתבאר בדבריהם בפירוש אם כשמוכרים הקרקעות המשועבדים לכתובתה אם יש להבעל שייכות במעות ההוא ואם גם הוא כיון מהם גם לא פירשו להיפך אם הבעל חפץ למכור והאשה מוחה מה דינו (אך לקמן סי' צ' כתב המחבר לענין מטלטלין שקנה לה דאפי' אין לו במה להתפרנס אינו יכול למכרן) ואולם בתשובות מיימוני השייכי' לה"ל אישות בסי' ל"ח כתב בשם מהר"ם ב"ב שנשאל אם הבעל יכול לכופה שתרצה לו למכור קרקע והשיב נראה דוודאי דאינו יכול לכופה ואם יאמר שאין לו כלום לתת מזונות ימכרו ב"ד קרקע בעד מזונות דווקא ולא יתנו לו מן הדמים כלום ויתנו לה כדין מורדת את אשתו ע"י שליש כו' ונראה וודאי דהרשב"א מודה לכל דברי מהר"ם הנ"ל דהא דכתב הרשב"א דהוא כיון עמה היינו מן הפירות וכן אם יכול הבעל למכור הקרקע מבלי שתסלק אחריות כתובתה אמנם דבכה"ג וודאי כיון דאין צריך רצונו יש להבעל יד בדמי הקרקע ואין להאשה רק מזונות אבל אם הבעל אין רצונו למכור כלל או שאינו מוצא מי שיקנה אם יהיו אחריו' כתובת אשתו עליו וודאי מודה הוא שאם האשה מוכרת לכדי מזונותיה אין להבעל חלק בהם ומכ"ש דמודה הרשב"א שאין הבעל יכול לכופה למכור וקפ"ח דפאה שכינו היו ממושכנות לב"ח או לכתובת אשתו ופירש הש"ך בשם הב"ח ביו"ד סי' רכ"ג וכן הט"ז שם דהיינו שהבעל ייחד לאשתו כשואה קודם החופה כלים כו' ושמים כך וכך וכתב שוים בכתובתה דקדק לשון ממושכנים וכן בעי' לאוקמי' במטלטלין אך במתני' גופא אמאי נקט ממושכנים לפמ"ש אפי' רק משועבדים לכתובתה אין יכול למוכרם בלא דעתה רק דעתה עכ"פ יכול למוכרם סתם ותטרוף האשה כתובתה וזה יכול לעשות בלא רשותה מה שא"כ אם ממושכנים לאשה מטלטלין דאינו רשאי למכור כלל וקצת יש לתמוה על הר"ש שרצה לומר דמאתים זוז שאמרו שאינו רשאי ליטול היינו לו ולאשתו והמרדכי ריש ב"ב הביא סברתו ולא הביא דחייתו דא"כ משמע דאם אין לו אשה ובנים אינו רשאי ליטול אם יש לו רק מנה וא"כ אמאי אם ממושכנים לאשה בכתובתה נוטל ומשמע ודאי אף דיש לו מנה ואיך אוכלת ממתנות עניים תרשנו למכור את הממושכן לה ואם נאמר כלדעתו אפילו אם תרצה להרשותו אין צריך למכור כיון שהם משועבדים לכתובתה והיא אינה מוחלת את חובה רק שיעבוד על המשכון ומ"מ משועבד הוא לה וכתובתה אינו רשאי למחול א"כ שוב לא חייבו אותו שיאכל מה שמשועבד ולא יהי' לו לפרוע כתובתה והתירו לו מתנות עניים .

ואולם לאשר האשה אין רצונה כלל למכור את הקרקע המשועבדת לכתובתה ותאכל ימי' מספר ואח"כ לא יהי' לה לא מזונות ולא כתובה רק תובעת כתובתה גם האיש אין דרך זה ישר לפניו רק חפצו למכור את החלק הטוב מן הבית ולשלם חוב היתום בנה ומאת הנותר בידו רוצה להחיות את אשתו בלחם צר כאשר יאתה לידו ובזה לא יהי' לאשה שיעבודו על כתובתה בזה יש לעיין אם הדין שוה לעני שאין לו כלל לתת אפילו לחם דלדעת הב"י שסתם כדעת הסוברים דכופין להוציא דהרי פסיק ואמר דכל שא"א לכפותו לזון כופין אותו להוציא.

והדעת נותן כן דהרי ע"כ טעם הסוברים דכופין באין לו לזון ותקשי' להו הא דכ' רבינו ירוחם בשם ר"ת דמ"ש מב"ח עני כשאין לו לשלם וצ"ל דב"ח וודאי כשאין לו מ"מ לעשות לו דבר ולא ליסרו על חנם אבל האשה שנשאת לו על דעת שיתן שארה וכסות' כל שאינה מסלי' חוקה חייב להוציא' כי לא על דעת כן נשאת לו ומעתה הרי היא נשאת לו ע"ד שיהי' שיעבוד כתובתה קיימת ויזון אותו ומשלו לא שתאכל היא את שיעבוד כתובתה ומ"ש מעונה דאם הוא בעל פליפוס דא"א לה להתקרב אליו דיוציא ולא אמרינן הרו אנוס הוא ומ"ש חיוב דעונה מחיוב דמזונות ואולם הרמב"ם פ' ע"ז מה"א ואם הוא עני ביותר ואין יכול ליתן לה לחם שהיא צריכה כופין אותו להוציא ויהי' כתובתה חוב עליו וצ"ע דלענין מה קאמר שיהא כתובתה חוב עליו דהרי אף כשיש לו נכסים כדי כתובתה ראוי שיהי' הדין כן לדעתו' כדאמרן ובאמת הב"י בש"ע סי' ע' לא העתיק דיהא כתובתה עליו חוב אך הרמ"א הוסיף סוף לשון הרמב"ם

בב"י בסימן קנ"ד כתב דיוציא ויתן כתובה והרמ"א לא הגי' שם כלום ואולי כוונתו ג"כ שיתן כתובה כשיהיה לו או דשם איירי שאינו רוצה להרויח ולהשתכר דהתם וודאי יוציא ויתן כתובה אבל מכל מקום צריך ביאור דעת הרמב"ם כי רחוק הוא שיהיה שבוכו הלא ל"ד ורק אורחא דמילתא נקט וגם לומר דלרבותא קאמר דלא"נ כשיש שם שיעבוד על כתובתה דאם יוציאנה תתפרנס בכתובתה דיוציא ויתן כתובה אלא אפי' אין לו כלל וסד"א דלא תרויח בגירושין קמ"ל דאפ"ה יוציא כל זה רחוק ואתי מרחוק :

ואולי דעת הרמב"ם דאחרי דכ"ע מודו דלרב באומר איני זן ואיני מפרנס כופין בשוטים להוציא כמבואר בתוס' ריש פרק המדיר ואפילו לדעת הירושלמי שכתבו התוספות דאין כופין רק במילי מ"מ באומר איני זן מודה דכופין וכמ"ש הר"ן ס"פ המדיר בשם הירושלמי אמת כי ברא"ש ביבמות פרק ו' סוף סימן י"א משמע דלתי' בתרא אף באומר איני זן אין כופין בשוטים אבל כ"ע מן הירושלמי שהביא הר"ן הנ"ל ויותר מבואר בירושלמי שהביאו התוספות בגיטין וכן הרא"ש שם ובב"ב בחזקת הבתים דנכרים שעשו מעשה כישראל באומר איני זן ואיני מפרנס כשר ומוכח דהיינו בשוטים דקאי על מתני' ובנכרים חובטין אותו וכמ"ש התוס' והרא"ש גם לא שייך כפי' במילי בנכרי ושילטרך בית דין ישראל לקחת נכריים לכפי' זו. ואולי אף הרא"ש לא בא לומר דאין כופין בשוטים באמת באומר איני זן רק דכלפי שכתב בתחילה שקמכו לומר דכ"מ ששנו חכמים במשנתינו יוציא ויתן כתובה היינו ע"י שוטים מדקאמר רב יוציא כו' ושמואל השיב עד שכופין אותו להוציא יכפיהו לזון ואם לא היה במשמע יוציא ע"י כפייה מאין ידע שמואל דרב ע"י כפייה קאמר ועל זה אמר הרא"ש דבאמת לא פסיקא ליה לשמואל דרב סובר כופין בשוטים רק דאותו כפייה שיש לך עליו להוציא יש לך עליו על מזונות אבל מודה הרא"ש דמוכח הירושלמי מוכח דרב ע"י כפייה קאמר והרי מפני הירושלמי הנ"ל פסק הרא"ש סוף פרק המדיר כרב אלא כדאמרן והיינו שפסק הטור בסימן קנ"ד בפשיטות דכופין באומר איני זן ואולם בכתובות בפרק אף על פי בסימן ל"א כתב הרא"ש דאף במורגל ממנה מזונות אין כופין אותו להוציא כדאיתא בירושלמי אין מעשין אלא לפסולות וזה צ"ע דהרי מוכח בירושלמי דבמזונות כופין ואולי ס"ל לרא"ש כר"ת דבאין לו אין כופין וס"ל דאפילו לרב אין כופין דהרי הרא"ש פסק כרב דזה גרע ביש לו ואינו רוצה לפרנס ראו לכפותו יותר שפושע לעונתה מה שאין כן באין לו דלא פשע דהו כב"ח דאין לו אך ראיתו מהך דאין מעשין אלא לפסולות צ"ע ועכ"פ דעת התוס' ומכ"ש לדעת הרמב"ם באומר איני זן כופין :

ויש לעיין להיפך לדעת התוס' בב"ב דאפילו לשמואל דאית ליה דאין כופין להוציא באומר איני זן רק כופין אותו לזון מ"מ אם ראו ב"ד לכפות אין בו משום גט מעושה דהרי כתבו התוס' בב"ב דף מ"ח ע"ב ד"ה קדיש דלכך מחשב תלוהו וקדיש כמו תלוהו וזבין דכנגד גופו שקנוי לו מתחייב בשאר וכסות דאע"ג דגבי גט לא חשיב כמו זביני מפני שנפטר בשאר וכסות ה"מ בעל שהיה כותבים ברצון ולא היה מגרשה וזה יתכן בכל אותן שכופין שלא כדין אבל בזה האומר איני זן דאף על גב דלשמואל ראוי לכפות לזון מ"מ אם כפו אותו הבית דין להוציא שפיר הוי כמו תלוהו וזבין דהרי זה אינו רוצה לזון והרויח בגיטו הרבה רק דא"א לומר כן דא"כ אף ע"י נכרים היה ראוי להיות כשר לפום סוגיא דגיטין לפמ"ש התוס' שם ע"א ד"ה ד"ת שכל עיקרו דפסול משום דהוי כמו מתנה שלא כדין ואם כן באומר איני זן כיון שמרויח מזונות אמאי לא יכשר דהוי כמו תלוהו וזבין והרי כתבו בשם הירושלמי דישראל שעשה כמעשה נכרים פסול באומר איני זן כו' וגם מתלמודן בהמגרש ממקומו מוכרע דפסול מדאורייתא דאי ס"ד יש גט מעושה על ידי נכרים דכשר אם כן היה להם לגזור שלא כדין בנכרי שיפסול לכהונה וע"כ מוכרח דמשום הרווחת מזונות לא הוי כמו תלוה וזבין דלא הוי ת[...]ה הבין עד שיתן כל דמיו וזה אין דמי' ובקדושין דהוי כמו תלוה זבין הטעם כמ"ש הש"מ בשם הראשונים ודברי התוס' צ"ע ובמקומו כתבתי בזה בעה"י ומילא מוכרח דאף באומר איני זן לשמואל דדינו לכוף אותו לזון אם אירע שכפו אותו הוי גט מעושה כלא כדין דפסול ובזה יש ליישב הא דנקט הירושלמי אפילו באומר איני זן שכתבו תוס' דלרבותא דפסולא בנכרים נקטי ומ"ש איני זן דנקט יותר משאר דכופין להוציא ואמנם להנ"ל הנה נכון דרבותא גדולה ישנו בזה האומר איני זן דס"ד דהוי תלוהו וזבין :

והנה אחרי דאף באומר איני זן פסול הגט לשמואל והרי לרב פירושו בירושלמי דהטעם דכופין הוא מפני חיי נפש ולשמואל דפליג וס"ל דכופין לזון לדעת הרמב"ם וסייעתו היינו כל עוד שאפשר לכוף אותו לזון אבל אם אין לו דא"א לכפותו לזון ס"ל דכופין אותו להוציא וודאי היינו גם כן מטעם חיי נפש ומעתה אולי ס"ל להרמב"ם דכל שיש כאן נכסים המשועבדים לכתובתה כהי דהיא אינה חייבת להתרצות למכור כדעת מהר"ם בתשובת מיימוני מ"מ אולי שוב לא שמך הרמב"ם לומר שיש בו מפני חיי נפש שנכוף הבעל להוציא בשוטים. ונראה דזה ג"כ טעמו של הרמב"ם במה שאמר דאין לו אפילו לאם לאכול ומכיין להרמב"ם לומר כן שיכול לפחות לה מן שיעורא דמשרה אשתו ע"י שליש רק דס"ל כיון דיש לו ליתן לאם פי' שוב אין בו מפני חיי נפש. אבל לעולם מודה הרמב"ם דכל שאינו משלים חוקה יש עליו להוציא וליתן כתובה דלאו אדעתא דהכי נשאת לו רק דלענין לכוף בשוטים א"א כיון שלא אמרו רק מפני חיי נפש יש בו חשש גט מעושה שלא כדין ומעתה אחרי דנראה גם להרמב"ם מלד הדין או יזון לפ"כ דהא כתב אכא כו' ואוקיר. או יוציא ויתן כתובה מעתה אף דלא יעלה הדעת בלא"ה לכוף אותו להוציא כיון דלר"ת אין כופין באין לו מכל מקום כיון דהרמב"ם והרשב"א וכן הר"ן והמגיד נראה שהסכימו דאינו דומה לב"ח שאין לו והב"י סתם כדעתם אם כן עכ"פ מה שהכניסה ושלים שהוסיף לה דכתב מהרי"ק הביאו הרמ"א סי' ק' דהוי כמו כדוכיא ויש להוציא ממנו ומכ"ש בנידון דידן שיש חוב על היתומים שבע מאות זהובים ואם תגבה כתובתה היא קודמת אבל אם כאמר שתזון היתומים קודמים לגבות עכ"פ עד עת פרעון כתובתה וכמלא אם תמכור למזונות אולי ימכנו היתומים לפרע וכונלא קרחת מכאן ומכאן ומכ"ש שהיא אינה רוצה להיות עמו עוד כי שבעה מרעות נפשה ע"כ לפענ"ד יש להוציא ממנו כדוכיתה ושלים שהוסיף לה:

דברי הקטן מאיר א"ש :

סימן נ

שאלה

מי שמת והניח בן בכור מאשתו הראשונה. ואשתו השניה גם לה בנים והנה הניח אחריו ברכה בית ומטלטלין והלוואות והבנים קטנים כולם. והנה האפטרופסים באים לתת להאשה כתובתה והמותר לחלק בין הבנים והבנות. ועתה הספק אם יוגבו הכתובה ועישור נכסי של הבנות מן ההלוואות ויבאר המוחזק לחלק בין הבנים ויטול הבכור פי שנים בכולם. או כאמר דהפשוטים יכולים לסלק מן המוחזק את הכתובה ועישור נכסי של הבנות ויפסיד הבכור. וראיתי להגאון בעל נוב"י ב' וג' תשובות בדבר. האחת בנוב"י קמא חלק חו"מ סימן ל"ד ושנית בנוב"י תנינא סימן נ"ג והנה זה פשוט שאין ללמוד דין זה ממה דפסק הרמ"א באה"ע סימן ק"ג לענין עישור נכסי ולענין שעח"ז דהבחירה להיורשים לפרוע באופן שיהיה טוב לפניהם דהתם הם היורשים ובידם לפרוע בענין שיודחו הבנות אבל כאן מאי אולמיה דהאי מהאי וכ"כ הנוב"י ופשוט הוא:

והנה הנוב"י דעתו דכיון דהא דבע"ח גובה ממלוה הוא מפני שעיקר מחיתנו בהלוואת וחובות והוי כמו אפלי דקמהוכא והכריח כן מתשובת הרא"ש יעיין שם שכתב דאלמנה גובה כתובתה ממלוה מהאי טעמא וכיון שאין שיעבוד

על

על גוף היתומים רק על הנכסים א"כ כל הנכסים משועבדים דמשלמין החוב והכתובה לפי הערך מן המוחזק ומן הראוי והוסיף עוד לבאר בנוב"י תנינא סימן כ"ג כי הודיעו שהגאון בעל פי' בתשובותיו חולק ואמר כיון שאין גובין כתובה וחוב מן ההלוואות רק משיעבדא דר"נ . ולפי"ז אם יש שם נכסים אחרים ליתא לשמבודא דר"נ והוא ז"ל עמד בדבריו הראשונים מטעם הנ"ל ולדבריו יש להסתפק בשיעור נכסי דהיא בע"ח דאחי' איך הדין וכשלא אמדנו' דאין נותנין רק קרקע אין ספק דגובה לכאורה דהא גובה ממקרקעי אבל היכא דאמדנו' דהיה נותן מטלטלים דאז גובין מטלטלים וסתמא דמלתא נראה לפענ"ד דהכי הוי בזה"ז ויש חובות ומטלטלין מוחזקין מוי גובה אם נאמר דכיון דק[...] בע"ח דאחין הרי הבכור חייב לתת שני חלקים או לא . ואולי אף דבע"ח דאחים הוא מ"מ אין הגוף משועבד שהרי אינו גובה משאר הנכסים ויש עוד לפקפק מה שהחליט הגאון נו"בי דאין על גוף היתומים שום שיעבוד אף שלכאורה משמע כן מ"מ צ"ע דא"כ לדעת ר"ת דס"ל דלכך המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול משום דשני שיעבודים יש למלוה על הלוה כו' ושיעבוד הגוף אינו יכול למחול כו' ולפ"ד אם מת הלוה ואח"כ מכר השטר חוב אינו יכול למחול שלא כשאר אלנו כלום. וכן משמע דיש שיעבוד על היתומים עצמם לפרוע לפירוש ר"י מיגש שהובא בבעל התרומות בשער ס"ו ואמנם הביאו הטור בסימן רע"ח ונראה שחולק. ועיין בגד"ת שם :

ובעיקר הדברים שתפס הגאון זצ"ל מדברי הרא"ש בתשובה דש"ח יש שיעבוד עליו מכח דאשמכתיה עליי' כמו אשלי דקמחינא. הנה נראה שהרא"ש שם סותר כמ"ש בפ"ק דב"ק דמטלטלי דיתמי משתעבדי לניזקין משום דדמי לאשלי דקמחינא ואין צורך לתקנת הגאונים. אבל לפי מ"ש כל הגאונים דרק מטעם תקנה ולא מטעם דאשמכתיה עליה ליתא להך דרא"ש גם בחיבות ולא עוד אלא שהרא"ש עצמו סותר את דבריו. הפיר הדרישה בח"מ סימן ת"ע יהב"ש בסימן ק' על מקלהן וגם התומים כתב בזה בסימן ק"ז. ולפענ"ד ס"ק הרא"ש דבאמת ס"ל דאם אינו טורף מלקוחות לא שייך כלל לומר דאשמכתיה עלייהו דהרי יכול להבריחם ע"י מכירת וכיון דמשום תקנת השוק הצרכו לתקן דאף במידי דנושאין ונותנין בהן לא יטרוף מלקוחות ממילא אין אסמכתיה עלייהו ולכך הצרכו הגאונים לתקן. ומעתה בניזקין נאמר משום דלא שכיחא לא תקני בזה א"כ יהיה להיפך שיגבה ממטלטלין בזמן הזה בלא תקנה דכיון דלא שכיח ולא תקנו כלום ראוי לומר שאף אם ימכרם יטרפו ממנו וממילא אסמכתיה עלייהו וא"ת ל"פ וכשם דבמלוה ושאר חובים אינם טורפין מטלטלין מלקוחות הוא הדין בניזקין א"כ איך נאמר דבניזקין לא תקנו כלל הדברים כוונת הרא"ש בב"ק כיון דהאידנא מטלטלין שלנו כאשלי דקמחוניה ובמלה דערבי ורק מפני תקנת השוק הצרכו לתקנת הגאונים לא שייך דבניזקין לא תקנו שיגבו דבלא תקנה גובים . ובזה מיושבים דברי הרא"ש על נכון ועיין בק"כ מ"ש בזה:

וכיון שכתבו הפוסקים דאם יש ליתומים קרקע ומטלטלין ורוצים לסלק הבע"ח בקרקע רשאין ודרשו הטעם בספר התרומות שער ס"א דכיון דיש קרקע לא תקנו הגאונים וכ"כ הראב"ד והמ"ז והריב"ש בסימן של"ב ולפי"ז ה"ה בחובות דאינו גובה רק משום תקנת הגאונים לדעת רוב הפוסקים כיון דלא שייך דר"נ אם יש לו נכסי ועכ"ש כשגבו כבר מעות כמו נידון שלפנינו. א"כ נראה ברור שיש כח להפשוטים לסלק הב"ח בקרקע ובשיעור נכסי בדאומדני' עדיין הספק במקומו עומד . אך אם כתב בשטר כתובה קרקעות ומטלטלין בחיי ובמותי בזה כתב הריב"ש דאינו יכול לסלק בקרקעות רק במטלטלין. וזה היה אחת מן התועלת שהועילו בנ"ש באחרלות המוערב שכתבו בפירוש מטלטלין בשטר. ובזה היה מקום לדחות דברי הקצה"ח שהוכיח דהרמב"ם ס"ל דאם ירצו לכוף את היורשים אינם רשאין דאל"כ למה הצריך לכתוב בשטר בפירוש מטלטלין ומפני חשש שמא לא ידע הלוה דהא אפ"ה לא יעשו שלא כדין כיון דאם ירצו לכוף רשאי הרי רצו ולפ"ז אין מהרמב"ם ראיה כ"כ. אלא דבלא"ה לא ידעתי מאי קושיתו דהרי וודאי יתמי לאו בני מיעבד מלוה נינהו. והא דמזיקקין לנכסי קטנים בהני ג' גווני היינו מפני השיעבוד לר"ה בריה דר"י. אבל במטלטלין דלאו בני שיעבוד נינהו וודאי א"א לכוף היתומים בעודן קטנים. ולזה אם לא ידע הלוה מתקנת הגאונים. והוליאו בשטר תוך זמנו מקטנים ועשו שלא כדין. וכן מורה בלשון הרמב"ם שפתח ביורשין שתקנו הגאונים לגבות מטלטלין של יורשין. וסיים בלשון יתומים — ועל בה"ת בשער ס"א יש לתמוה שכתב להקשות על ר"ח דס"ל דכופין ליתומים דאמאי הצרכו לתקנת הגאונים לדבריו. והרי הצרכו מפני יתומים קטנים ואפשר לדחוק דמפני זה לא היו הגאונים מתקנים. אבל הרמב"ם נראה ברור. ועל כל פנים כולם פה אחד דאם כתוב בשטר קרקע ומטלטלין דאינו יכול לסלק בקרקע. אלא שעדיין אני כבוך אם שייך שיעבוד במטלטלטלין כלל דהרי מיניה דידי' וודאי גובה בעל חוב במטלטלין. ואפילו הכא אמרינן אין דין קדימה במטלטלין וגרע ממלוה ע"פ דאינו גובה ממשעבדי. ואפ"ה יש עכ"פ קדימהן למלוה ע"פ מוקדמת למלוה ע"פ מאוחרת מה שאין כן במטלטלי. וא"כ צ"ע כיון דהקרקע משיעבוד והמטלטלין אינן משועבדין א"כ היה ראוי לפרע מן המשועבד. לא משאינו משועבד:

(עד כאן נמלא בהעתק)

סימן נא

שאלה

אלמנה אחת אשר בניה ובתה סמוכים עלי' מכמה שנים אשר מת בעלה וגם אחיה אפטרופס ומתעסק קלת בנכסים והנה זה שנה ומחלה השיאה האלמנה את הבת לאיש והתחייבה עלמה לנדן בתה סך חמש מאות זהובים ומאה זהובים או חמישית הכסף אשר לתם. וגם החזיקו הבת במקום אחד בבה"כנ בעזרת נשים וגם פרנסה את בתה במלבושים כנהוג את זה ומזכר הכל בתנאים אחרונים ואולם בשעת החתונה עשו לפני ב' עדים ונכתב כתוב כאלו קבלה ונחתנה מעות מזומנים סך ששה מאות זהובים ושיעבדה לו חלק אחד מביתה שידור בו כל זמן שלא יגבה חובו או ישכיר לאחרים אם לא יוכלו לשבת יחדיו וגם האפטרופס חתום על הכתב ועתה הבת שבקה חיים לכל ישראל והניחה זרע קיימא ויגשו הבעל ואם הבת ואחיה האפטרופס אל המשפט אודות הירושה הן על המלבושים והן על הנדן והנה אבי הבת לפני מותו התחיל ללוות לביתו ואמר שיתנו לבתו סך אלף זהובים ואולם מיד בגמרו להגיד את זה באו אנשים אחים והכעיסוהו עד שלא גמר ללוות לביתו. אך אין בזה רק ע"א. אבל האפטרופס והאשה מודים בדבר כי כן לוה האב רק שהמה טוענים כי המה בעלמם הוסיפו על הסך שהוא כי רלון האב לא הי' רק עם ההולאות והחתונה והמלבושים והכל בכלל האלף זהובים והיתומים שהנים מהם גדלו מערערין עתה על ההולאות שהוליאו יותר מאלף זהובים ועתה ישיב הבעל קבל כי לא זז עדיין מבית חמותו והכל ברשותה והבעל רולה לירש הכל כיון שיש לו זרע קיימא ·

הנה על המלבושים שכבר הגיע ליד הבת מחיים. וכן כל הדברים שהחזיקו בהם בחייהם להיות כשלהם הן האשה והן הבעל לכאורה אין כאן ספק דאף לר"ת דמפרש הך דפרק נערה בכיסתא מ"מ הייתו דווקא בשלא באו ליד אחד מהם אבל כל שבאו ליד אחד מהם אף אם ליד האשה אחר החתונה כיון דידו עדיפא מידה הרי הם כמו שבאו ליד הבעל וכ"כ המרדכי בפרק נערה דלר"ת מוקמינן הך דאעפ"י שכתובתה בבית אביה בשהחזיקה האשה בנכסים ולכך אעפ"י שהם בבית אביה מודה ר"ת דיורשתם. וכן מבואר בדברי מהרי"ק שורש ל"א שכ' להוכיח דאף אם נתחייב האב החוב לחותנו אפ"ה לר"ת אם לא גבה אין הבעל יורש דאל"כ אף כשפסק האב לבתו כיון שהבת זכתה ראוי שירש הבעל דמה שקנתה אשה קנה בעלה והוכיח כן מדברי

מרדכי בשם ר"ת אלו ובפ"נ כתב (סי' קמ"ד) דמדכתבו התוס' דהך ברייתא ר"כ הוא. ולא תרצו כמרדכי מכלל דלא ס"ל הא דמרדכי ופסק דיוכל האב לומר קים לי כהתוס': ואלו הי' כן לא הי' מהרי"ק מביא ראי' מדברי מרדכי על דינו אחרי שהתוס' חולקים ולפענ"ד הדבר מוכרע דהרי הטעם מה דמחלקין בין שגבה כבר ללא גבה לר"ת אינו משום ספיקא דדינא רק כיון דאומדין דעת דלא נתן רק שתהנה בתו וכיון שגבה הרי נהנית. [וכמ"ש הפ"י שם. אלא שהכריח כן מדמוקי ר"ת הברייתא דווקא בשלא גבה. ובלא"ה א"א לומר דהבעל אף אם גבה יחזור דא"כ אמאי הצרכו לתקן כתובות בנין דכרין כדי שיקפוץ אדם ויתן לבתו הרי בלא"ה יחזור הכל דהרי לר"ת אף אם ילדה איתא להך דינא) ואין הדעת שתהנה לעולם. וא"כ מכ"ש בבאו לידה ממש ולבשתם שנהנית דאיכא אומדן דעתו. ולכ"ע על הפ"ת בדינו והא דלא מוקי התוס' באופן זה הברייתא דכתובתה בנית בעלה היינו משום דליכא פסיקא נקט.

ואולם הדברים שלא באו עדיין ליד הבעל בזה יש לדון. הנה אם מלך שזקפן במלוה גמור על חמותו שהעידה על עצמ' שקיבלה ממנו מעות בעין ואף שהיא רק אפוטרופסת מכל מקום לכאורה יש לה רשות לעשות כן אחרי שלא הי' לה אז מעות בעין והיתה צריכה למכור ולזלזל בנכסי יתומים אם לא זקפה המלוה הזאת על עצמה ואף שיש בשטר התוא איסור מלך הדירה מ"מ החוב קיים. וא"כ לדברי הב"ש יהי' זה תלוי בפלוגתא שהביא בסי' כ"ב סקי"ג וכ' דהוי ס"ס. ולדעת התוס' בכתובות מוציאין ממון עפ"י ס"ס כמ"ש מהר"י בן לב. והש"ך בתקפו כהן דחה זה בשתי ידים. וכ' בשם מהר"י בן לב שהוא עצמו לא סמך ע"ז ותימה על ב"ש שכן כ' בפשיטות אבל זה רק אם כ' לה אביה אבל נכסים שירשתה מאיש כ' הג"א שם הביאו הב"ש דלא שייך דינא דר"ת והבעל יורשה. וכן מהרא"ש בתשובותיו משמע כן וכמ"ש הב"ש והח"מ ויש להסתפק לדבריהם אם הבת ירשה עישור נכסים מאביה או מכח אומדנא אם כדמהו לכפלה לה ירושה או נאמר דכיון דכל עיקר שאנו באים לתת לה עישור נכסי הוא משום אומדנא דהאב הי' נותן כן לבתו א"כ אף אנו נאמר דאומדנא הוא דהאב לא הי' נותן רק ע"מ שתהנה בתו לא שיאכלו זרים חלקו ומצאתי להב"ח בתשובה סימן ב' שכ' וז"ל ופשיטא דעישור נכסים דמחויבים היורשים לתת לה מדין התלמוד הוי לי' הכניסה היא עצמה דלא דמי להשיאה אביה בחייו דאמדינן דעתו שלא נתן לה ע"מ שתהנה בתה שהרי בידו הי' שלא לתת לה נדוני' כל עיקר א"כ כשנתן לה ע"פ דעתו נתן לה אבל כשמת אביה והגיע לה עישור נכסים מדינא בעו למיתב לה ואי לא בעו היורשי' ליתן לה כופין אותם ליתן דהבת בע"ח היא. ה"ל הכניסה הוא עצמה וא"צ להחזיר כל מה שגבה עכ"ל וכ"כ עוד בסוף התשובה דאם לא גבה אין לו כלום. ויש לתמוה אחרי שכ' דאין כאן אומדנא א"כ בלא גבה אמאי אין לו כלום דהרי כל דינו של ר"ת הוא רק מכח אומדנא ולומר דהב"ח לא קאמר רק לטעמא תקנת ר"ת משום ותם לריק כו' דכתב הב"ח שם בשם מהרי"ו דאיכא אומדנא קלא ולכך תיקן ר"ת וא"כ איכא למימר דלעולם בלא גבה אמדינן דעת אב שלא הי' דעתו שיטול בעל בתו לאחר מות בתו עישור נכסי ולא תהנה היא כלום. אבל בשגבה דמדינא דגמרא ליכא אומדנא רק משום ותם לריק ולאחר מותו לא שייך ותם לריק וא"כ מלך אומדן אב ליכא ואיכא רק משום אחים ולזה כתב כיון דלאו בדידהו תליא ליכא אומדנא יראה שאם כיון הב"ח לזה לא הי' לו לסתום ולומר פשיטא כיון שמחלק בין אומדנא לאומדנא.

ולפענ"ד נראה יותר דטעם הב"ח דבלא"ה בלא גבה אין לו לבעל כלום דהרי אין הבת בעישור נכסי רק כבע"ח דאחים וא"כ הוי לי' ראוי ואין הבעל יורש בראוי כמבואר בב"ב פרק יש נוחלין ובאה"ע סי' ל' והנה בהגהת מיימוני פרק כ"ב מהלכות אישות איתא שם בשם אביאסף מחלוקת הראשוני' באב שקידש את בתו ובעודה ארוסה מת האב והבת ראו לירש בנכסים מרובים. ורוצה הבעל לכנוס כדי שאם תמות יירשנה. והקרובים מוחין והורה ר"ת דיכול לכונסה וכ"ה במרדכי בפרק האיש מקדש אלא שבהגהות שם קיים ובדברים שבאו ליד הבעל בחיי האשה זכה בהן הבעל ואם לא באו לידו לא זכה בהן אלא יורשה ויש מסייעין לי ולא מטעמי כי הם השוו לי' כמו מלוה וראו אבל ל"כ מדקדק תלמודא מתני' יתר עליו הבעל. והנה אם הבת ההוא בת יורשת ממש היתה יש לתמוה הן על דברי ר"ת שכ' דאם לא באו ליד הבעל איכה זוכה בהם מלך אומדנא והן לדברי האומרי' דלא זכה בהן מפני שהן ראוי דהרי אף שלא באו ליד הבעל הרי מיד כשמת מורישה זכתה בהם וליכא כאן משום אומ דכא כמ"ש הרא"ש והג"א אליבי' וגם ראוי ליכנה אלא כרא' דר"ת לא קאמ' על בת יורשת (והרי בתוך התשובה הזכיר שיש לה אחין) ואם כאמר דמלך עישור נכסי באה הבת א"כ הרי מה מבואר דלא כהב"ח ואולם יתכן דמיירי שהאב פסק לה בשעת קידושין. ובזה יאמר ר"ת דלא יגבה כלום במה שלא גבה עדיין משום דאיכא אומדנא והיו מסייעים אותו אחרים מלך ראוי והא דלא פטרו ר"ת מלך ראוי ודוחק לומר דס"ל דבעל יורש מלוה בשטר של אשתו כר"י מג"ש דהרי כתבו הפוסקים דיחיד הוא מיהא אסבר משום דכפ"נ אם פסק לה אביה כסות או כלים בעין דלדעת הפ"י בפ' נערה שם דף מ"ז אין בזה משום ראוי ואפ"ה איכה זוכה בלא גבה אבל בעישור נכסי שלא פסק האב בזה מודה ר"ת דכיון דהוא בעלת חוב דאחין ליכא אומדנא דמיד בשעת נשואין זכתה הבת בעישור שלה אלא דראוי הוא אם לא גבתה עדיין והב"ש בסי' קי"ג ס"ק ע"ז כ' ומ"מ אם רוצים לסלק לה הכתובה כדי שלא יהי' לה ממונות הרשות בידם כמ"ש כו' ואחר שסילקו לה כתובה אפילו אם עדיין לא סילקה פרנסת כדוכיא הבעל יורש עישור נכסי כהכניסה היא עצמה ולא שייך דינא דר"ת אלא של"ע אמאי לא הוי ראוי:

ובנידון דידן דהאלמנה כתבה א"כ על עצמה הרי אף אם נאמר דלגבי חוב זה יהי' בו משום אומדנא דר"ת כו' מ"מ כיון דבעישור נכסי ליתא לאומדנא הכ"ל רק שאנו באים להפקיע כוחו משום דראוי הוא וא"כ כין שיש לה זרע קיימא הרי הוא יורש את אמו וא"כ מלבד שיש לומר דבזה ממילא לא שייך אומדנא ולומר דהאלמנה לא חייבה עצמה ולא זקפה עליה המלוה רק כדי שתהנה בתה כיון דבין כך ובין כך או הבעל או זרעו יירש. רק דמלבד זה כיון שזקפן עלי' במלוה שפיר יש ס"ס כמ"ש הב"ש. ואע"ג דלגבי האב לא מהני הס"ס מ"מ כאן שהספק בין האב והזרע קיימא מיד יורש נראה דשייך לומר שפיר ספק ספיקא כיון שאין אחד מוחזק מיהו היינו בעישור נכסי. וגם אפשר לפי המנהג שאומדין להוסיף על עישור נכסי יש לצרף כאן מה שאמר הבעל בשעת מיתתו שיתנו לבתו סך אלף זהובים ואף שאין רק עד אחד והאפטרופס והאלמנה ויש עוד יתום קטן דהרי הנכסים בידם אבל מה שהוסיפו מעצמם בזה כבר כתב הב"ח דאיכא אומדנא. ועוד דהיא שלא ברשות ב"ד בוודאי אין הבעל יורש ואף מחיים הוי מלו היתומים להוציא ממנו ול"ע בכל זה. הכותב והחותם הקטן מאיר א"ש:

סימן נב

בעה"י יום ד' כ"ה תמוז תר"ה לפ"ק פה אונגוואר יע"א:

שפעת שלום וברכה לכבוד הרב החריף והבקי המופלא ומופלג כקש"ת מוה' יודא מודרן כ' מק"ק סיגוט:

נעימות ימינו הגיעני ואראה מעכ"ת דורש בענין מעשה נגיד אחד אשר שבק לן חיים והניח בנים גדולים וקטנים וגם בנות נשואות ובת קטנה והיו חובות לגבות ויחדו הב"ד לכל אחד מן היורשים חלקו מן החובות ובזמן לא כביר בא הכל לגוביינא ולאשר כי האלמנה נשארה מעוברת הפרישו הב"ד חלק העובר אם נקבה תהיה כאשר היה באמת וגם מעות בא לידי גוביינא כמשלום חדשים אחר לידתה. והנה הבית דין פסקו שני מאות כסף להאלמנה. שכר הנקה ולא ביארו ממי

יכולים אם ממעות הבת או מחלק הזכרים וצריך עיון מתי יזכה מאתים כסף האלו . ולדעת מעכ"ת כי' פשוט שאף מן הדין הבנות יזונו מן הבנים מכל מקום כיון שכבר הופרש חלק הבת והטילו אחריות על הבת פשיטא שאף אם יתיקרו המזונות הרבה שאין להם שום טענה על הבנים וה"ה שכר הנקה וגם אם לא היו החובות שהופרשו לחלק הבת באים לידי גוביינא מיד ורק מקצתן מ"מ אין החיוב על הבנים לזונה מאחר דהב"ד אבוהון דיתמי הם הפרישו לחלקה במה שתתפרנס . הנה לא מצאנו דב"ד אביהן של יתומים רק מה שהוא זכות להם וגם הדין נותן לכך. אבל וודאי אין כח ב"ד יפה לעשות מאומה שלא על פי דברי חכמינו ז"ל ולזה מה שאמר מעלתו כי' דגם אם יתיקרו המזונות אין להם עוד תביעה על היתומים וגם אם לא היה בא לכלל גוביינא אם בדין כן הוא שיפרישו ב"ד חלקן של הבנות יתכן לומר כן. אבל אם אין הדין נותן להפריש חלקן לא יתכן לומר בזה דאביהן של היתומים הבית דין יעשו ככל העולה על רוחם :

והנה לענין מזונות הבנות בזמן שהנכסים מרובים כשיעור המפורש בדברי רבותינו ז"ל כידוע ומפורש בש"ע דמניחין הנכסים ביד היתומים הבנים כמבואר בסימן ק"ב דאין מדקדקין עמהם שיאכלו במזונות ומשמע דאף אם רוצים הב"ד להפריש חלק הבנות אין להם כח לעשות כן וקצת יש לדקדק כן מסוגיא דיבמות דף ס"ז ע"ב לפמ"ש התוס' שם ובב"ב דף ק"מ ע"א ד"ה יתומים וכו' אלא שבקל יש לדחות דאין הוכחה משם לכאן כמובן ומ"מ הדבר מוכרע וממילא עכ"פ בנכסים מרובים שמניחין הנכסים ביד היתומים והם יזונו את הבנות הם לענין מזונות הבנות ולענין פרנסת הנישואין של הבנות אבל הנביאים ומתנבאים דאין זמן פרעון פרנסת הנישואין רק בזמן הנישואין. ונשאל מהרי"ט בח"א בסימן כ"ט אם יש בדין לפרוש לבת חלקה לפרנסת נישואין כי קטנה היא אולי יכלו הנכסים בהמשך הזמן ופסק מהרי"ט דאין לעשות כן והביא ראיות דכיון דאין להבנות רק עד שעת הנישואין אין להפריש. וז"ל שם מכל הלין מוכרח שאין אנו יכולים לברור חלק אחת מן הבנות כל שיש שני בן יורש יע"ש . ובסימן ק' נשאל הגאון מהרי"ט במי שהניח בן קטן ובנות פנויות ואחת מהן נשאת בחיי האב והב"ד כתבו כל הנכסים על שם הבן ואח"כ מת הבן ובאה הבת הנשואה ליטול גם היא חלק כחלק אחיותי'. והשיב דהדין עמה לחלוק בשוה. ואפילו להפוסקים כר"ח ודלא כר"י דאמר השניה מיתרה היינו דווקא בשנטלה ראשונה מדין עישור אבל בהשיא האב אחת בחייו כגון שאם אין שם אלא בנות או שמת הבן ולא נטלה אחת מבנות כלום דאין הגדולה יכולה ליטול תחלה עישור נכסי והשנייה מה ששיירה הראשונה ה"ה בנה"ג שנשאת בחיי הבעל אין נחשב לה מה שנתן לה אביה וחולקות בשוה עם שאר הבנות וטעמא דאע"ג דבת ב"ח הויא מ"מ לא הויא ב"ח דאבא שתזכה בו בשעת מיתה אלא ב"ח דאחי שחייב להשיאה בעישור נכסי וכיון שמת ונשארו הנכסים כל א' תשיא את עצמה וכן שנה ושלש מהרי"ט בתשובה ההיא דלא זכו כלל ולא חשיב להו פרנסה חוב אלא בשעת נישואין ואם הדברים כמשמען הם תמוהים וכמו שתמה עליו הגאון בשבות יעקב חלק א' סימן ק"י ודחה דבריו דאם לא היו זוכות כלל בשעת מיתה אם כן אמאי מוציאין לפרנסה ממה שיעבדו אחין ומכרו והלא אין ב"ח מאוחר טורף מלקוחות שקודמין אע"כ דמיד בשעת מיתה הבנות זוכות בעישור נכסיהן והוא חוב על אביהן . והנה זה שכתב השבות יעקב דהוי חוב על אביהן תמוה לפע"ד דאיך יתכן לומר שהוא חוב על אביהן דהרי האומר אל יתפרנסו בנותי מנכסי שומעין לו ואף לגירסת רה"ג היינו בשעת נישואין כמבואר למעיין ואם בחייו לא היה חייב לא יתכן לומר שהוא חוב עליו וכן מבואר טור סוף סימן קי"ג דהוי ב"ח דאחי ומ"מ קושייתו על מהרי"ט צ"ע וא"א שיתעלם זה מהגאון שהרי בין אצבעות סוגיא ז דר"ח אמר דמוציאין לפרנסה ולכך ס"ל דלא מיתרה ואיך יאמר דהחוב איכו רק משעת נישואין בלבד אלא ברור דגם מהרי"ט מודה דמיד בשעת מיתות האב חל על הבנים חיוב להשיא הבנות בעישור נכסי ולכך הבנות מוציאין מיד הלקוחות אם מכרו האחים. אבל מ"מ לא זכו הבנות עדיין בעישור נכסי שלהם ואפילו בב"ח ק"ל כרבא דאמר מכאן ולהבא הוא גובה וכ"ש בחוב זה דהחיוב הוא על הבן להשיא אחותו בעישור נכסי ואחרי כי מת הבן ולא זכו הבנות עדיין אין להם ליטול לפרנסת נישואין העישור מותר כנגד הבת שהשי' האב בחייו דאין כאן עוד מי שמחוייב להשיאן והן באו רק לירש את אביהן וכמו דהדין בבנים דאם השיא האב אחד מהן בחייו אפ"ה נוטל עם אחיו הפשוטים חלק כחלק ה"ה בכה"ג דמהרי"ט דמת הבן ופקע חיובו להשיאן אין להבנים ליטול יותר מהבת הנשואה כבר דלא זכו עדיין בירושתן ומ"מ אם לא מת הבן החיוב על הבן מיד לאחר מיתת האב וזהו שכתב הרא"ש בפרק מציאת האשה שזכתה הבת מיד לאחר מיתת אביה שמשם הביא הש"י ראיה לסתור דעת מהרי"ט ולפע"ד נראה כדאמרן :

והנה השבות יעקב אף ע"ג דס"ל דזכתה הבת מיד מ"מ דעתו שם בלאו תשובה לענין שטר חוב אם הבת הפנויה ולא באה לכלל נשואין דפקע זכה למפרע והבת הנשואה ובעלה מגיע להם חלק מכח שט"ח וה"ע דדווקא אם נשאת זכתה למפרע משעת מות אביה מה שאין כן אם מתה קודם שנשאה דאיגלי מלתא למפרע שלא היה שם זכייה בנכסים יע"ש מה שהביא ראיה לזה מדברי הל"ל ודקדק ג"כ מן הגמרא יע"ש . ולכאורה יש הוכחה דאין הבת זוכה משעת מיתה בפרנסת נשואין מיבמות דף ס"ז ע"ב דדחי תלמודא מאי דמפרש אביי לדברי ריבר"י דמיירי בנכסים מועטין ולזה הבת מאכלת ופריך דהא יתומים שקדמו ומכרו בנכסים מועטים דמכרן קיים וא"כ אמאי אכלו בתרומה ולזה כאיד מאוקימתא זו ואמאי לא אמרינן דלכך אכלו משום שמגיע לבת פרנסה וכגון דידענו דהאב היה נותן כ"כ להבת דנותן להבת הכל וכ"ש דפרנסת הבת היינו ממעט לדעת הרא"ש לנשואין ולכך אי איכא בן אכלו ובת לחודה לא אכלו כשינוייא דאביי ובזה לא הוי קשיא דהכא מוציאין לפרנסה אם שיעבדו אחין אע"כ דאין לבנות זכות מחמת פרנסת נישואין עד שיגיע לפרקן וינשא ודלא כתשובת שבות יעקב הנ"ל. ואולם יש לדחות דלעולם יש זכייה מיד לבנות במות האב והא דלא קאמר הכי שם ביבמות היינו משום דכיון דמסיק הש"י דאם מתה הבת פקע למפרע זכות שיש לה א"כ אי אפשר להאכיל לעבדים תרומה דאולי תמות הבת ולא תגיע לנשואין והרי לזמן מרובה לכ"ע חיישינן למיתה כמבואר בתוס' בגיטין ויבמות בפ"ד אחין וכ"ש לר"י דקיימינן התם ביבמות דחייש אפילו לזמן מועט ומיהו לפי סוגיא דסוכה דף כ"ג אין הכרח דר' יוסי חייש למיתה מ"מ לזמן מרובה לכ"ע חיישי' למיתה ועכ"פ לדעת הש"י דהוכיח לדעתו דהבת זוכה מיד במות אביה בעישור נכסי לא היה צריך להוכיח דבמיתת הבת פקע כחה למפרע מדקדקו שם ומדברי ל"ל דלדידיה מוכרח בלאו הכי מסוגיא דיבמות כן :

והנה לדעת מהרי"ט אין להבת בעישור זכות בנכסים רק עד שעת נשואין. ואף לדעת הש"י מ"מ מגבי לא גבי והרי הוא ז"ל לא עירער רק על מה שכ' מהרי"ט בסימן ק"ל ולא על מה שפסק בסימן כ"ט דאין להב"ד להפריש חלק מן הנכסים לפרנסת נישואין ולזה נראה דמלבד עיקר ההלכה אין לנו לענין פרנסת הבת ומזונותיהן רק לתת לב שיהי' לבת בעת נישואין כמסת אומדן דעת הב"ד שהיה האב נותן לה או אם השיא אחת בחייו או לפי אומדן הדעת כמבואר ואם יהי' לבת בשעת נישואין כפי אומדן דעת האב מה שהותירו הנכסים יהי' להיתומים (אם הופרש שלא מדעתן) ואם לא יהי' לה כפי אומדן דעת האב לנישואין בתו אם מפני יוקר המזונות שחייבים ליתן לה או לסיבה אחרת ההפסד ג"כ להיורשים כיון דאין הדין נותן להפריש חלק הבת אין כח ב"ד יפה לגרוע חוק של הבת הקטנה או לייפות שלא מדעת היתומים. וראיתי בכנה"ג בסי' קי"ג בהגהות הב"י סק"ד שכתב שם תשובות רש"ך ז"ל כיון שאין עישור נגבה עד שעת הנכסים בחזקת אחין קיימא ולפיכך

יתומים שהוליאו עישור נכסי כדי שיזונו מהריווח והמותר שיעלו עם הקרן יעלו כפלי כפלים אם אין עדים שיעידו שבעת הוצאות המעות ברשותם שילקו זכותם ורשותם הנכסים בחזקתם ונאמנים לומר שכוונתם שהריווח ותועלת יהי' שלהם אמנם טוב הוא שיתפשרו ביניהם ויחלוקו הריווח חצי לבת וחצי לאחים עכ"ל אין תשובות הרש"ך בידי ונראה שמש"כ טוב להתפשר היינו משום כיון דהוליאו האחים מדעתם חלק הבנות הדעת נותן שיהא דעת האחי' שיהא הריווח לבת ואין טענת האחי' ברורה ועכ"פ נראה דה"ה להיפוך כיון שכ' עוד הכנה"ג בשם הרדב"ז דכיון דעתה אינו נגבה עד שעת נשואין אפי' שהבן מפקיד הנכסים ואפי' הנכסי ביד שלים וכתבו ביד הבן ואין מעכבין אותו בידו עד שעת נישואין וזה נראה תועה לכאורה גם נראה דהרדב"ז שהביא הכנה"ג שם חוק בזה ואחר אחרון אני בא רבינו הגדול בעל ההפלאה בחידושי הפוסקים בסי' ק"ג סוף ס"ק ו"ו כ' וז"ל ונראה דאם אין פוסקין הדין (דהיינו שלא אמרו כמה תעול הבת) האחריות והשבח הם לפי ערך אבל אם הב"ד כבר פסקו הסך המגיע ה"ל כזקפן במלוה והשבח וההפסד על היתומים ומיהו במטלטלין כיון דיכולים להבריח ומסתמא ראוי לב"ד לפסוק הדין ולזקוף במלוה אבל בקרקעות כיון דליכא חשש הברחה אין שמין עד זמן נישואין עכ"ל. פשיטא לי' להגאון דאין מוציאין מיד הבנים ולכך חשש במטלטלין להברחה ובנידון זה העיקר לשלם שכר ההנקה ומעות הקטנה אך אם יחסר לה בשעת נישואין כפי אומדן דעת האב על היורשים להשלים עד הערך והאומד המגיע לה אלא שאין מוציאין עכשיו ומתחת ידם רק יהי' ביד היורשים והב"ד יכתבו כן וימסרו לאפוטרופים כתוב וחתום כן דעתי העניי' כנוטה דברי ידידו. הקטן מאיר א"ש:

סימן נג

בעזה"י יום ב' ב' דראש חודש מרחשון לדקות אהב לפ"ק אונגוואר יע"א:

שלום וכ"ט לכבוד הרב המאור הגדול החריף ושנון כקש"ת מו"ה אברהם יצחק נ"י אבדק"ק קוו"ד.

נעימות ימינו בא לידי עש"ק העבר עם חשיכה ויצא אתמול בבקר בעד תשובתו אל הדרתו כי' האמנם כי אמר כי ירצה להמתין עד צאת היום על התשובה אבל אפס הפנאי קודם צאת ובפרט כי אינני בריא בעו"ה וגם עתה הנני כותב בידים רפות לזאת אבא בקצרה לכבודו הרמה. הנה על דבר האלמון אשר נשא בתולה והיתה עמו כמשלש חדשים ושבק לן חיים אם האלמנה גובה כתובה ותוספות כבר ראה מעכ"ת כ' מה שדברו הפוסקים באה"ע. והנה יש ספק ספיקא לטובת האלמנה אחרי שאין ברור אם תקנו כלל באלמנה שלא תגבה כתובה וא"כ אולי לא תיקנו. ואת"ל תיקנו אולי דווקא באב המכניס לבנו אבל לא באלמון דלא שייך ותם לריק כחכם. ועוד הרי אומדן חז"ל בחיבת ביאה עכ"פ קונה ואפי' חיבת חופה לדידן אומדנא דתקנו לה תוספת כאת"ל דריש אעפ"י כו' ואיך נאמר להיפוך דכל שנה ראשונה לא יהא לה תוספות כתובה היפך אומדן דעתא של רבותינו בעלי המשנה והתלמוד וזה הי' נראה ברור דלגבי האיש עצמו לכ"ע לא שייך אומדנא ולא תקנה לריק. ורק באב המכניס לבנו גם יש לי מקום עיון אם הא דקיימ"ל כר"מ דאסור לפחות לבתולה ממאתים כו' ממנה אם גם אם מתנה רק על לאחר מותו שלא תגבה כתובה אבל בגירושין תגבה כתובתה אם הוא ג"כ בכלל איסור. דלכאורה משמע בב"ק פ' החובל דגם זה אסור דאל"כ אשה שחבלה בבעלה דפסקי התוס' בב"ק דף פ"ט ע"ב דלא הפסידה כתובתה הרי עכ"פ כפסידה שאינה גובה כשתתאלמן ואם היה כן היה נראה פשוט דבעל עיקר כתובה לא תיקן ר"מ אלא דלפי הנראה גם בסוגיא דב"ק עיקר האיסור במתנה על הגירושין משום שתהיה קלה בעיניו להוציאה ולא באלמנות וליכא דלא הפסידה כתובתה יש ליישב ועכ"פ מצד אומדנא נראה כן באלמון כאמור וכן משמע ק"ק שנראה מדברי הב"ש בסי' ל"ב ס"ק י"ג דמוציאין ממון האמנם דהש"ך בספר תקפו כהן פליג על מהר"י בן לב וכן הפ"י בכתובות כידוע והגאון בעל קצה"ח בספרו שב שמעתתא דעתו דהתוס' לא כתבו כן רק בכתובה וס"ל כמ"ש המרדכי בכתובות דכתובה כיון דמעשה ב"ד היא כמוחזקת דמי ולכן מהני ואזלינן בתר רוב וולדות בני קיימא נינהו וה"ה דמהני ס"ס ולדבריו אע"ג דקיימא דלא כדעת ב"ש בסי' ל"ב ס"ק י"ג הנ"ל מ"מ לענין כתובה מהני ס"ס אבל זה ימים הקשיתי עליו דא"כ האיך אמרו הא דרב יודא דשמואל היא דאמר הלכה כר"ג הרי כמו דאמרי' דאע"ג דבעלמא אין הולכין בממון אחר הרוב משום חזקת ממון שכנגדו מ"מ בכתובה הולכין אחרי הרוב א"כ אולי אף בברי ושמא דאע"ג דברי בעלמא לא מהני נגד חזקת ממון. אבל בכתובה מהני ברי כמו דמהני לרוב והארכתי קצת בזה ואמרתי דהמרדכי לא קאמר רק לר"י דס"ל הטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום אבל לא לרב ושמואל דפליגי עלי' בסוף הכותב ויש בזה קושית הב"ח בדין מגו להוציא שהביא הש"ך בכללי מגו ואין להאריך ואם יתכנו דברינו יהי' גם זה פלוגתא דרברבתא ועכ"פ נראה לפענ"ד מעיקר הדין שלא לפחות באלמון מכתובה ותוספות ובשום דבר וכ"ש אם התוספות אינו רק תוספה שלים בלבד. דדעת הב"ש דהוי כנדוניא ממש אע"ג דבית מאיר פקפק עליו מ"מ באלמון יש לפסוק כב"ש ועיין מעכ"ת כ' דבר המשפט:

ואודות המתנות שנתן לה קודם הנשואין אם בתוספת כתובתה נכתב בפירוש שתגבה כתובתה ותוספות מלבד התכשיטין (כי כן רגילין לכתוב אע"ג שקשה לסמוך עליהם מפני שרוב פעמים כותבין כן שלא מדעת הבעל מ"מ א"א לבטל מה שכ' בפירוש בשטר) ממילא גם למתנות האלה דין תוספת כתובה אשר לפענ"ד יפה כח האלמנה באלמון שנשא ומת בתוך שני החזק' אבל אם לא פירש כן בתוספות כתובה כיון דרוב המתנות שנותן החתן להכלה לפני הנישואין הם מלבושין או תכשיטין או מעות על תכשיטין הא קי"ל אלמנה שמין מה שעלי' דמן הסתם לא הי' דעת הבעל אלא שתתקשט בעודה תחתיו וכמ"ש בסי' נ"ע ואין טעם לחלק בזה בין לפני הנישואין או לאחר הנישואין ועתה יבחן מעכ"ת כ' הדברים ויוציא לאור משפט בעזה"י וה' הטוב יאיר עינינו וירנינו בתורתו נפלאות. ויעשה עמנו במהרה לטובה אות. דברי ידידו. הק' מאיר א"ש:

סימן נד

שלום וברכה לכבוד הרב החריף ובקי זך ונקי כקש"ת מהו' ברוך ענגלענדר נ"י מק"ק קאליב.

אשר דרש מעכ"ת אודות יתום מאביו פחות מבן שש והיא אצל אבי אביו וכעת שבק גם אבי אביו חיים לכ"י ולוה לפני מותו אלמנותו תגדל בן בנו חורגה ואם לא יהי' ולד שם לא יתן לו דמי מזונות רק יספה הריווח המגיע לחלקו אל הקרן של ירושתו. והנה אפוטרופסים בעלי דודתו של הילד ואחותו אלמנת אבי אביו מבקשים כי הנער יגודל אצל אלמנת אבי אביו והאם מבקשת את בנה הילד וכתב מעכ"ת כ' כי אין הריב נוגע עתה על דבר שבממון כלל לא על שכר מזונות תתן אם הילד את עיני ירק את בנה להוציא מידם וכי יש חשש סכנת נפשות כאשר האריך מעכ"ת כ'. והנה בזה ראה מעכ"ת כ' דברי הב"ש בסי' פ"ב מה שתמה על הפוסקים שהשמיטו דין המפורש ר"פ הנושא דאין מניחין אותו אצל יורשי האב מפני רציחה ומעלתו כ' אולי מפני כי עתה תל"ית יש שופטים בארץ ואין חשש להריגה. והנה באמת הדבר תמוה מאד לחוש לבני ברית שישפכו דם קרובים בשביל תקנת ירושה והי' נראה לומר כמו שאמרו בשבת ד' קכ"ג ע"ב בימי נחמי' בן חכלי' נשנית משנ' זו אף כאן הי' ראוי לומר בימי הדורות שהי' שפיכות דמים קל בעיניהם נשנית ברייתא זו וכדאיתא ביומא ד' כ"ג ע"ב ש"מ שפיכות דמים הוא דזל וטהרת כלים כדקאי קאי. ואולי מפני זה קיים בברייתא ושהעומו ערב פסח לומר לא לבד שפיכות דמים

דאל עשו בשביל חיוב מזון כי גם נוולה וטהרה כדקאי קאי ובע"פ שהכל מטהרים אעפ"כ עברו משום חיוב מזון. ובאמת ראיתי בתשובת מבי"ט ח"א סי' קמ"ה שכ' בשם רבו ריב"ר דמעשים בכל יום דלא חיישינן לס"ד כי חששא רחוקה היא וכ' המבי"ט הריב"ר דקדק כן מלשונות הפוסקים, ואולם בתשובות הרשב"א המיוחסות להרמב"ן בסי' ל"ח מבואר שאין לדחות חששא זו מאין טעם כיון שמוזכר בברייתא וכ"מ מתשובת מהר"ם פאדווא המועתק בקצה"ב ברמ"א סי' פ"ב יע"ש:

וראיתי בתשובות מהר"ם אלשיך סי' ל"ח שכתב דילמא הברייתא לא מיירי רק בבן ד' וה' לא בסוף וי"ו שנים והב"ש בסי' פ"ב כ' דמוכרח שם בכתובות דאף ביותר מבן שש חוששין והיינו מדהוצרך לומר דיורשי האב אין להם ליקח מאמו הבן מפני חשש הריגה ואם בפחות מבן ה' אף האב אינו יכול להפריד הבן מן אמו ערם כלות וא"ו שנים ואף דליכא למיחוש לרציחה אע"כ דמשום יותר מבן שש איצטריך, ולדעת מהר"ם אלשיך יתכן לומר דבברייתא זו אפשר דלא סברה דין עם אמו ואכן דקי"ל דין עם אמו עד וי"ו שנים היינו משום דר' אסי הכי ס"ל וכדאיתא בערובין ד' פ"ב ע"א וע"ב ע"ש או ס"ל למהר"ם אלשיך דברייתא עדיפא מיני' כקטה דחמירא סכנתא מאיסורא ועכ"פ לדברי מהר"ם אלשיך קשה תמיהת ב"ש על השמטת הפוסקים דין זה דכיון דקי"ל דאפי' האב אינו יכול להפרידו מאמו לפני כלות וי"ו שנים וא"כ שוב אין לחוש לרציחה ע"כ לא הוצרך להביא דין זה על תוך שש שאין יורש האב יכולים להפריד הבן מן האם כלל וא"ה עוד כדבר מזה מה שאפשר לומר לדעת מהרמ"א:

והנה בנידון זה אם מפני חשש סכנה שהחבר בברייתא הי' ראוי לעיין אחרי כי העיד הריב"ר כפי מה שהביא המבי"ט בשמו (כי תשובות הרי בי רב איננה בידי) דמעשים בכל יום שאין חוששין א"כ הי' ל"ע אם נעשה מעשה שלא כדבריו ובפרט כי יש לומר דלא נוסיף עלה כי לא אמרו רק אלל יורשים אבל בזה אין הבן אלל היורשים רק אלל אחותו ואין לנו ראי' כי חששו גם בזה על רציחה ומ"מ לא מבעי' עתה כי אין הבן רק פחות משש וודאי לא יעלה על הדעת לבלתי היותו אלל עמו ואף כי נתנה האם בחיי אבי אביו את בנה לביתו לכחמו על בנו ולפמ"ש המבי"ט שם בתשובה הנ"ל יש גם לאבי אביו זכות עכ"פ לאחר שש לבן אם ויתרה אמו של הילד כנגד אבי אביו היא חמי' ויתרה להיות זכה בביתו מ"מ אין לה להניח אותו לאחר מותו אלל אחרים אבל גם לאחר שיהי' הבן בן שנים כראה שאין לה להניח בנה אלל אלמנת חמי' שאין לה קורבה כלל לבנה והנה זה שחלקנו בין בן לבת אלל אמה רק עד שש שנים לפי מה שסתם המחבר אה"ע סי' פ"ז לבת אלל אמה אף אח"כ מבואר בפוסקים דהבת צריכה ללמוד דרך נשים לכיעות מאמה והבן על אביו לחנכו לתורה ולכך הי' סבר הראב"ד בהשגות דאף קודם שש יכול האב ליקח הבן אללו והה"מ דחה שם דבריו קודם שש אבל לאחר שש לכ"ע הטעם משום חינוך אבל בזה שיהי' הנער אלל אשה אחרת למה לפרדו מאמו הלא אף היא תוכל לשכור לו מלמד ללמדו תורה ולחנכו ומי יחמול עליו ומי ירחם יותר עליו מאשר תרחם אם על פרי בטנה ועד כאן לא הוצרכו לומר דאם האם אומרת שיהי' בנה אללה ויורשי האב אומרים שיהי' הבן אללם רק באנשים אחרים או קרובים אחרים האומרים שיהי' הם במקום האב לגדלו לתורה ולמלות אבל לעומת אשה אחרת שאיננה קרובה להבן כלל אין שום סברא כלל אף שלא יהי' הטעם דרליחה כלל מ"מ פשוט שאין להפריד אשה מעולה וגם בעלי דודתו של הבן אינו כראה שיהי' להם כח יותר מן האם לגדלו אללם רק זה אינו ברור כ"כ אבל לעומת אלמנת אבי אביו לא ידעתי סברא כלל ליפות כחה יותר מן האם לגדלו אללם ואין ענין לוואת הזקן לנות ע"ז שיהיו דבריו קיימים ולענין דבר שבממון הלא על זה לא חקר כלל. והנה בברייתא זו אמרו אמו אומרה יהי' בני אללי ויורשי האב אמרו יהי' אללינו כו' ולא אמרו קתם אין מניחין בן אלל מי שראוי וגם אי כאומר כי מפני שחששא היא וכמש"ל המבי"ט ולכן דווקא כשיש לו מקום לבן אלל אחר אין מניחין אותו אלל מי שראוי ליורשו אבל אם אין לו מקום מנוחה טוב יותר להניחו אלל יורשי האב מלהניחו אלל אחרים מ"מ לירש את קרוביו מלד אמו שאין ראוים ליורשו אומרים יהי' אללינו וקרוביו מן האב אומרים שיהי' אללם מניחי' אלל יורשי האם ואין מניחין אותו אלל יורשי האב ומזה הי' כראה דתרתי קאמר מניחין אותו אלל האם מפני שהיא קרובה לו מזולתו ואלל יורשי האב אין מניחין אותו כלל:

ואפשר לומר ג"כ לפי מה דאיתא בב"ב דף קי"ד ע"ב דר"י משום ריב"ש דמקיש מטה אב למטה אם מה אב יורש את בנו אף האם יורשת את בנה והקשו התוס' שם דא"כ גם ע"י הבת מוסבת נחלה ותירון הש"מ בשם מהר"א דאם האם יורשת את בנה מ"מ כשתמות תחזור הנחלה ליורשי האב דאע"ג דקי"ל דאין הבן יורש את אמו בקבר להנחיל לאחין מן האב היינו נחלה שלא ירשה מנחו אבל זו שירש' מנחו לאחר מיתתה חוזר' נחל' למקומו ע"ש (וכבר כ' התה"ד בסי' שכ"ד כי מהרי"א נסתפ' אולי הלכתא כוותי') והנה מר בר ר' אשי סובר באעפ"י ד' מ' ע"ב דחיישינן דלמא קטלה לבנה כדי שתוכל להנשא ולא קי"ל כוותי' דלא עבדי הכא ועכ"פ ליתא הא דקתני הכי בברייתא כוותי' דרשב"י או עכ"פ נקטה ברייתא גם אליבא דידן וא"כ סד"א דאין מניחין אותו אלל האם מפני שהיא ראוי לירשו ואלל יורשי האב מניחין אותם שהרי הם לא יירשו אותו קמ"ל דמניחין אותו אלל אמו משום דסתם אם מרחמת על בנה ולא תחשוק אותו בשביל ממון אבל אלל יורשי אב אין מניחין אותו כי אעפ"י שאמו קיימת והיא תרשנה מ"מ מיקרי הם ראוים ליורשו שהרי לאחר מותה תחזור הנחלה להם ולפ"ז וודאי י"ל כדברי מהר"ם אלשיך דלאחר שאין חשש סכנה והא דאין מניחין אותו אלל אמו אע"ג דבחיי האב מניחין אותו אבל לאחר מות האב סד"א דאין מניחין אותו אללה ואלל היורשין מניחין קמ"ל דאע"ג דהאם קיימת מ"מ מקרי הם ראוים לירשו כיון דנחלה מוזרת להם אחרי מותה ומיושב ממילא השמטת הפוסקים דלדידן דלא קי"ל כריב"ש ליכא רבותא כלל אלה דברים אשר אני כותב להיות שעשוע עמו ועם בנו הא"ברך כי' להלכה אבל לדינא הלא אמרו לי כי כבר נכתב אלל מורינו הגאון דק"ק פ"ב כי'. דברי ידידו הק' מאיר א"ש:

סימן נה

בעזה"י בסוגי' דחוששין ללעז סנהדרין

דף ח':

רש"י פירש כולה סוגין דהיינו לענין תביעת כתובה שרולה הבעל להפסידה והקשו התוס' כמה קושיות והנה מה שהקשו מה תביעה שייך בכתובה כיון שרולה להפסידה והיא תובעת וכן מה דאמר דוכי לי מיהת הר"ן בחידושיו כ' דמיירי שהיא תופסת או שתובע שטר כתובה ואולם הקשו עוד אמאי בעי מומחין הרי מוכח כמה פעמים דדנו דין כתובה וכן מעשים בכל יום. והנה לפי פירש"י לקמן דמשום נעילת דלת אף בג"י הדיוטות כשרין להודאות והלוואות אבל שאר מילי דשכיחי בא"י דאיכא סמיכין אין דנין אלא מומחין אבל בבבל דליכא מומחין שליחותי' עבדינן ומ"כש האידנא וכמ"ש מהר"ס לובלין בריש מכלתין וודאי לא קשי' קושי' התוס' ממה שדנין בכל יום דיני כתובה דשכיחי כמובן אלא גם לשיטת התוס' דלא ס"ל הכי וכמ"ש מהרנ"ל מ"מ יש ליישב לפמ"ש על הא דאמרינן בגיטין דף י"ז דלר"ל לא תיקנו משום זכות זמן משום דזכות לא שכיחא והקשו תוס' דהרי תקנו בתולה נשאת ליום רביעי משום טענת בתולים ותי' התוס' דזכות בעדים ובהתראה לא שכיחא עוד תירלו דלעולם כל זכות לא שכיחא רק בכתובות חששו שלא יהי' באיסור כל ימי' עמה והנה עולא נראה בגיטין דף כ' דס"ל כר"ל דזכות לא שכיחא ונדהוצרך לתרץ בארוסה דתקנו זמן משום תקנת וולד יע"ש. ולפ"ז מוכרח לכאורה לשיטת רש"י דפי' זכית לא שכיחא דשום זכות לא שכיחא

דאל"כ

דאל"כ יקשה כיון דס"ל לטעמא דאין לתקן זמן משום דזנות בעדים והתראה לא שכיחי א"כ ניחוש ללעז מטעם שמא יבואו עדים ומוכח לקמן דאפי' באין הבעל בא לטעון בעדים כלל אפ"ה חוששין ללעז לרש"י מדלא מוקי הך דתבעו ממון בג' בטוען סתם מבלי עדים וכמ"ש רש"י ומהי תיתי ניחוש שיבואו עדים (ופירש הר"ן דלרש"י הכוונה דחוששין ללעז שיבואו עדים ולא יקיימו ובערת הרע) ואמאי ניחוש לזה הא לא שכיחי עדים והתראה אע"כ דלרש"י פירוש זנות לא שכיחי היינו שאין שכיח שום זנות ולכך לא הוצרכו לתקן זמן אבל כאן כיון שהוא טוען פתח פתוח ועכ"פ יש כאן חשש דזנות שהרי נאמן הבעל מטעם חזקה ולכך חוששין ללעז אולי יש עדים והתראה ולפ"ז ניחא דוודאי כל דיני כתובה כיון דשכיחי דנין אבל טענת פתח פתוח כיון דזנות לא שכיחי נהי אם אינה מוחזקת והוא טוען פ"פ מצאתי צריכין אנו לשמוע טענתו דאין זה מקרי דנין כיון שהוא מוחזק והיא באה להוציא ממנו הגע עצמך מי יהי' חייב להחזירו מלוה והוא טוען חבלה בי כדי החוב שאני חייב לך ויש לי עדים על זה וכי משום שאין דנין חבלות נאמר לזה שיפרע לו והלא אפי' תפס לא מפקינן מיני' לדעת הרא"ש אפי' אינו תופס המזיק אבל כאן דמיירי שהתפיס לה מטלטלין בכתובתה והוא חפץ להוציא ממנה בטענת זנות דלא שכיח וודאי איכא למימר לדעת רש"י שצריך מומחין:

והנה הקשו התוס' עוד דהרי לר"מ. דכתובה דאורייתא אין נאמן לטעון פתח פתוח להפסידה כתובתה והר"ן כ' דמיירי בשיש עדים אבל נראה דעיקר קושי' התוס' מדאמר לרבה הא דתבעו ממון בג' היינו שאין שם עדים משמע דעכ"פ גם לר"מ משכחת הא תבעו ממון:

ויתכן לומר עפ"י מה שהקשה הרמב"ן הביאו הר"ן והש"מ דאמאי הוצרך לומר חזקה דאין אדם טורח בסעודה ומפסידה כיון שהוא מוחזק וטוען ברי הגע עצמך הרי שהי' חייב לחבירו חוב בתנאי ידוע וטוען ברי שלא נתקיים התנאי האם חייב לשלם ותירץ הרמב"ן והרא"ה דכיון דטוענת ברי ויש לה מגו דמוכת עץ אני ולכך אי לאו חזקה לא הי' נאמן. ועוד תי' משום דרוב נשים בתולות נשאת ויש לה חזקת הגוף ולכך לולא החזקה לא הי' נאמן והנה בשני התירוצים יש ליישב דעת רש"י בכתובות דף ע' ע"א ובתוס' שם דבוגרות ומוכת עץ יש להם דמים ופתחן פתוח מעתה תירץ הראשון דהיינו משום דיש לה מגו שייך רק בטוען פ"פ והיא מכחישות הי' ראוי להיות היא נאמנת משום מגו דאי בעיא הוי טענה מו"ע אני שלא היה תכחישה ואפ"ה נאמן ולכן על פ"פ מצאתי שפיר הוצרך בש בכתובות לומר חזקה דאין אדם טורח בסעודה ומפסידה אבל כאן מיירי דטען טענת דמים ובזה כיון דאין לה מגו וודאי אף בלי חזקה נאמן כיון שאין לה מגו כאמור והפיקתה בספק אין מועיל לנגד חזקה דאין אדם טורח בסעודה ומפסידה. ואף לתירוץ השני דהטעם משום חזקת הגוף ג"כ י"ל דהרי בכתובות בסוגי' דמוציאין רוני ריבה דתנן על האב להביא ראי' ובסיפא דנכנס' לרשות בעל קתני על הבעל להביא ראי' ומשני רבא רישא כאן נמצא וכאן הי' וכו' ופירש"י כיון דנמצאו המומין ברשותו איתרע רשות האב אבל היא אומרת משארסתני נאנסתי הא כבר נשאת ונכנסה לרשות הבעל וכתבו התוס' דע"כ מיירי שהי' זמן בין החופה ובעילת מצוה שהי' במדינות שנכנסה אחר החופה אבל אם לא הי' זמן בין החופה וביאה בכדי שתאנס באופן דוודאי נאנס' ברשו' האב הא איתרע חזקת האב וא"כ לפ"ז הלא יכול לאוקמי' מתני' בשאין זמן בין חופה לביאה דכה"ג לא סמכינן אחזקה:

ואולם היותר נראה לתרץ גם קושי' התוס' שהקשו דאמאי קתני תבעו דתבעה מבעי' למתני'. וזה וודאי חידוש גדול והר"ן נדחק מאד בזה ואולם בכתובות דף מ' נחלקו דלר' יהודה אף הביאה ונתארמלה כתובה של אב וכדאמר רבה ור"י טעמא דהתם הואיל וברשותו נכתב ומעתה חכמים דהכא וודאי איכא למימר דר' יודא היא וא"כ אף אי כתובה דאו' הא מסיק רב אשי שם בסוגי' דמוציאין ריבה מנה לאבא בידך ופירשו רש"י ותוס' כיון דהכתובה של אבי' אין חזקת גוף האשה מועיל לאב וכיון דכאן לא הוצרכנו לחזקת אין אדם טורח בסעודה רק משום דאיכא חזקת הגוף והרי חזקה זו אינה מועלת לאב. מעתה אם נאמר דגם ר"מ הכי ס"ל כר"י דכתובה ראשונה של אבי' וודאי ניחא קושי' התוס' דאע"ג דמן הסתם ת"ק דר"י הוא ר"מ והתם לת"ק דר"י דמשהשיאה אין לאבי' רשות בה הא גם אביי דמוקי בדאתרו בה מיתה סתם מוקי דר"מ ס"ל כר"י ולא כת"ק דר"י ואף אם נאמר דר"מ ס"ל כת"ק דר"י וכדמשמע קצת בסוגי' דמוציאין דמתני' התם ר"מ קאמר לה מכל מקום הא איכא נתקדשה לדעת אבי' ונישאת שלא לדעתה דאם בא אבי' ומיחה וודאי לא הוי נישואין לכ"ע כמבואר בקידושין דף מ' ע"ב ובכה"ג הכתובה של אבי' ואין האב נאמן דאין חזקתה מועיל לה ואע"ג שהוא תפוס מ"מ הרי תפיסתו בספק וחזקה אי ואדעב"ש מסייע לבעל ולפ"ז ר"מ דקאמר מוציא ש"ר בג' היינו אם הנישואין גמורים צריך הבעל עדים ואם הנישואין שלא מדעת בא הבעל אפי' בלא עדי' נאמן וע"ז השיבו רבנן תבעו ממון הבעל לאב שאין נשואין גמורי' בשלשה וכו' אך רש"י שפירש להדיא דלכך נאמן הבעל משום חכמים תקנו להם לבנות ישראל וכו' והם האמינוהו לכל התירוצי' מגומגם ויתכן לומר עפ"י מה שפירש רש"י במתני' דכתובות דף י"א במוכת עץ דאמר ר"מ יש לה כתובה מאתים פירש"י אם נשאת סתם ולא פירש לה כלום עכ"ל ודבריו ז"ל קשים דהרי לר"מ אם פיחת לבתולה ממאתים הוי בעילת זנות נראה דס"ל לרש"י כיון דר"מ ס"ל כתובה דאו' ומוהר הבתולות מכלל דבתולה יש לה מוהר והרי ביבמות דף ס' ע"א אמרינן מ"ע דר"מ ולאחותו הבתולה פרט לאונס ולמפתה יכול שאני מוציא אף מוכת עץ ת"ל וכו' ופירשו התוס' שם ד"ה אליו לרבות הבוגרות דגם לר"מ ממעט מו"ע ממשמעות בתולה ולפ"ז הא דס"ל לר"מ דמו"ע יש לה כתובה מאתים היינו משום כיון דלא איתעביד בה מעשה בידי אדם ראו חכמים לתקן לה מאתים ככל הבתולות או דמן הסתם דעת כל אדם נוחה בזה לתת לה כתובה מאתים ולא לגרוע חוקה משאר הבתולות אבל אם פירש לה שאין נותן לה מאתים בזה לר"מ לא הוי בעילת זנות ולכך פרש"י שם בכתובות אם לא פי' וכו' והנה רש"י פי' בכתובות דף ע' האומר פתח פתוח מצאתי וטענת דמים אין לה כגון שהיא ממשפחת דורקטי או שנאבדה המפה וכו' והנה אם המפה לפנינו והוא טוען דרוסת איש את והיא אומרת מו"ע אני דאף לפי דברי' אין לה כתובה מן התור' ראוי הבעל להיות נאמן דהא דאמרינן במו"ע והוא אומר דרוסת איש לר"ג ור"א נאמנת היינו דווקא באינו מכחישה בברי אבל אם טוען טענת דמים לרש"י דמו"ע יש לה דמים או טוען פ"פ לר"א דס"ל דמו"ע פתחה נעול הא וודאי דלא שייך לפלוגתא דר"ג ור"י וכיון דהיא גם היא אמרה דמו"ע היא ואין לה כתובה מדאורייתא לכך נאמן אף לר"מ וממילא מיושב מה שהקשה הפ"י בכתובות לדעת הסוברים דלר"מ אין נאמן לטעון מהא דאמר ר"מ ביבמות טענת בתולים כל ל' יום כמובן:

ונראה דרש"י לשיטתו לא הי' לו אפשר לפרש פירוש ר"ת לא משום דסובר דכל שאין העדים נהרגין אין הבעל משלם קנס דהא כתב לדברי אביי אליבא דר"מ בשלשה דכיון שהתרו לה סתם אין כאן מיתה ומפסדת כתובתה וכתב רש"י דכי כמי יוזמו משלם הבעל מאה סלע הרי אע"ג דאין כאן מיתה אפ"ה חייב מאה סלעים ולדברי רש"י אלה אין צריך לדחק לדעת מר"ן שכתב דהטעם שצריכים מומחים היינו משום דפירש חוששין ללעז הוי משום דאולי יבואו עדים בזינתה ותהי חייבת מיתה וצריך כ"ג ואם אלו השלשה מומחין אזי אף הם יוכלו להצטרף לדיני נפשות. אבל אם הם הדיוטות לא יוכלו להצטרף כלל ולכ"ע חיישינן ללעז אם הראשונים אינם יכולים כלל לדון בדינה אח"כ. ואולם לאביי הודה הר"ן דא"א לומר רק דסגי בשלשה הדיוטות כיון דאין כאן מיתה לר"מ כלל והיינו משום דהר"ן ס"ל אליבא דרש"י דכשאין עדים חייבים מיתה שלא רצה להמיתה כלל אין הבעל חייב לשלם מאה סלעים. אבל לפמ"ש רש"י להדיא דאיכא מאה סלעים לר"מ כשיוזמו אע"ג דלא היה היא. וכן עתה עדי הבעל חייבים מיתה אפ"ה חייב הבעל מאה

אלמים ואם איכא למימר דלכך צריך מומחין משום דאולי יוזמו העדים והבעל חייב מאה סלעים ויהיה לעז כאשר יצטרכו לשבת ב"ד מומחין לגבות הקנס מן הבעל וכמ"ש התוס' לקמן דחיישינן שמא יוזמו העדים אליבא דר"ת וכן לפי מה שכתבנו למעלה טעם בעי מומחין הייתו משום דזכות לא שכיח ואולם הייתו לר"ל ועולא (ולפמ"ש הבעל עיטור ר"י סובר זכות לא שכיח ומפרש בגיטין דף י"ז איפוך הייתו דר"י אמר משום פירות וכדאיתא בירושלמי) ולמ"ד דתקנו זמן משום שמא יחפה ונכלל דזנות שכיחא א"כ אמאי צריך מומחין ולכך פירש רש"י דכי כוני יוזמו משלם מאה כסף ולפ"ז אוקימתא דאביי איכא לאוקמי ככ"ע למר בכתובה ולמר במאה כסף אם הוזמו דהא בירושלמי פליגי אמוראי בהא ולא כאיד רש"י לפרש סוגין במאה כסף רק מטעם שכתב דכל שלא הוזמו העדים (דהייתו שלא נתברר דודאי שקרו) אין כאן מאה כסף ובשהוזמו אין כאן לעז ובהוכחשו על פי שנים אחרים שאמרו לא זינתה ס"ל לרש"י דאמרינן מאי חזית דסמכת אהכי סמוך אהכי ואינו משלם מאה כסף ואם הכחישו העדים את עצמן בחקירות דס"ל לר"ת דמשלם מאה סלע איכא למימר ג"כ דסובר רש"י שאינו חייב הבעל קנס כיון שכיוהם אמרו שזינתה ויש לרש"י הוכחה לשיטתו דא"א לומר כר"ת ופירושו דכל סוגין מיירי בשהוכחשו בחקירות זא"ז דהרי כתבו התוס' דיש להביא ראיה מדברי ר"ת דעדים הבאים לאסור אשה לבעלה צריכים דרישה וחקירה ויש לתמוה לפ"מ דפסק הרמב"ם והש"ע בח"מ סימן ל' דעדים שהוכחשו עצמם זה אומר ביום פלוני לוה וזה אומר לא כי אלא ביום פלוני עדותן בטל ואפ"ה כי אמרו איני יודע עדותן קיימת ולהש"ך עכ"פ א"צ לבודקן בדו"ה וא"כ וכדאיתא לקמן ר"פ אחד ד"מ ואם כן מאי ראיה ומפרש ר"ת דבהוכחשו בחקירות עדותן בטלה להיות צריך לבדוק העדים בדרישה וחקירה דכל דיני ממונות יוכיחו שהכחשה ומבטלת עדותן ואפ"ה א"צ לבודקן עוד קשה לקמן ע' ע"ב תוס' ד"ה ובפלוגתא שכתבו דצריך לומר לרש"י ור"ת מיירי דעדים אלו אומרים שאין שם עדים אחרים וטעמא דרבנן דאמרו בכ"ג וכו' משום דלר"מ ליתא להו אף לפר"ת והרי לקמן אמרינן דר"י ס"ל עדים שהכחישו זה את זה בבדיקות כשרים לר"מ (ואף בקנס הכריח הסמ"ע ביסודה דף פ' סימן ע"ב מלשון הרמב"ם דאין צריך לבדיקות ואם הכחישו זה את זה בבדיקות כשרים לקנס) ואם כן איך יאמר ר"מ דהבעל ישלם קנס בנ"ד הלא כיון שאין מכחישין זה את זה רק בבדיקות וכשרים להוציא קנס ומכ"ש שלא ישלם הבעל הקנס ע"פ הכחשתן כיון שכיוהם אומרים שזינתה. ועוד דוודאי אסורה לבעלה דלא בעי שנים רק משום דילפינן דבר דבר ממומון ואם שני עדים מכחישין זא"ז בבדיקות כשרים להוציא ממון אפילו קנס וודאי דאף לאסור לבעל כשרים ולא קרינן ביה ולו תהיה לאשה ואמאי ישלם קנס. ונראה ברור מכל זה דדעת התוס' הא דאמר ר"י לקמן דאף דעדים המכחישים זא"ז בבדיקות כשרים לר"מ דרש"י פירש גם דדווקא בדיקות דהוי עדות שאתה יכול להזימה אבל חקירות דהוי עדות שא"א יכול להזימה אין כשרים. אבל הבעה"ת בשער כ"ו הביא בשם גדולי הראשונים דה"ה למכחישים זא"ז בחקירות כיון דבעינן דרישה וחקירה בד"מ אף שמכחישים זא"ז כשרים וכיוצא בזה כתב הרמב"ן רק שהוא ז"ל ס"ל דר"י וודאי מחלק בין חקירות לבדיקות אלא דלכן לא קיי"ל כוותיה אלא אפילו בחקירות כשרים ועכ"פ דעת התוס' כסך ונ"ד שכתב הבעה"ת דר"י לאו דווקא חקירות קאמר וס"ל להתוס' דכיון דילפינן ממשפט אחד להשוות דיני נפשות לדיני ממונות בחקירות ה"ה יהיה הטעם לבדיקות ורבי יודא דאמר עדים המכחישים זא"ז בבדיקות כשרים לר"מ ה"ה לחקירות והיינו מטעם דבעינן לדו"מ בד"מ משום נעילת דלת אבל זנות כיון דלדעתם הוי כמו גזלות וחבלות צריך דרישה וחקירה וכיון שכן ממילא כמו אם הוכחשו בבדיקות עדותן בטלה כיון שלא תקנו חכמים כלום שהוי כמו ד"נ ולכך ניחא להו שפיר לקמן לר"מ דהכחשה דבדיקות שמה הכחשה דמשלם קנס מפני שאין נאסרת על בעלה וכן כתבו בפיר כאן שיש ללמוד דעדי זנות צריכים דרישה וחקירה לר"מ כי הם סוברים דאם לא היה צריך דרישה וחקירה אף כי הכחישו

זא"ז היתה אסורה ומה שאין כן לרש"י שפירש הטעם בדר' יודא שמכשיר דווקא בהכחישו בבדיקות משום דהוי עדות שאא"ל ובחקירות באמת פסול א"כ לא משכחת לקמן בהוכחשו בבדיקות קנס אם הוכחשו הכחשה גמורה הא וודאי איכא למימר תרי ותרי נינהו ואין משלם קנס וכ"כ הר"ן בפשיטות אפילו לדעת התוס' אלא שהתוס' שלפנינו אינם סוברים כן כדמוכח בתוס' ד"ה בפלוגתא אבל דעת רש"י כן הוא וא"א לפרש כדברי ר"ת :

ובזה יובן לדעת רש"י שכתב בדאביי דאמר דכ"ע חוששין ללעז ולכבודן של ראשונים שכתב רש"י מדחוששין ללעז חוששין לכבוד ראשונים דלכאורה קשה לרש"י כיון דחוששין ללעז מאי כ"מ יש בחוששין לכבוד הראשונים ומה שכתבו התוס' ד"ה חוששין ללעז דכ"מ בהוזמו ליתא לשיטת רש"י דכה"ג ליכא כבוד הראשונים משום דהוא דיבא אחריבא. ולהכ"ל כ"מ כשהביא הבעל עדים שני כתות והכחישו עלמן בבדיקות דתו ליכא מיתה לגמלי דקי"ל דהוי הכחשה והולם לאוקרה ולהפסידה כתובתה כיון דקי"ל עדים שהכחישו עלמן בבדיקות כשרים לד"מ וכתבנו דלדעת רש"י כראה דאפילו בקנסות כשרים וכ"כ הסמ"ע ביסודה לדעת הרמב"ם דאין שום ענין לבדיקות בדיני קנסות ולזה אם איבדרו כשהכחישו עלמן בבדיקות ואמר הבעל דונו מיתה להפסידה כתובתה אע"ג דללעז ליכא למיחש דהא כל העדים שיבואו עוד א"כ יהיה מוכחשים ממ"נ מאחד משני הכתות אבל יש כאן משום כבודן של הראשונים ולפ"ז יקשה מאי פריך לעולא מהא דתבעו ממון דלגוא מיירי בהוכחשו בבדיקות דתו ליכא לעז כיון דכל הכיתות הבאים א"כ יהיו מוכחשים והמהרש"א הקשה כן לדברי מהרש"ל דס"ל דלאחר הכחשה גמורה אין לחוש שיבואו עוד אחרים דא"כ אמאי הולרך לומר שהוזמו יאמר שהכחישם הכחשה גמורה. ונלבד שאף לפי מה שכתב מהרש"א דאיכא הכחשה שיש אחרים לחוש ללעז וכמבואר בדברי מהרש"א מ"מ אם יאמרו המכחישים עמנו היתה האשה רחוק כמה ימים הא א"א לתרץ דבריהם כמ"ש מהרש"א והוי מלי לאוקמיה הכי. ועוד דעכ"פ בבדיקות הרי כתב מהרש"א דכל העדים שיבואו א"כ יהיו מוכחשים ממ"נ ולריך לומר דכוונת המהרש"א דאם יש הכחשה שאין העדים הבאים אח"כ מוכחשים אין תיובתא אמאי לא מוקי הך דתבעו ממון בהוכחשו כיון דאיכא הכחשה דאכתי יש שם לעז. אבל לדברי מהרש"ל הקשה שפיר דלדידי' משמע וודאי בכל הכחשה ליכא חששא דלעז א"כ מ"ש הוזמו דנקט ומ"מ לרש"י לפמ"ש עדיין קשה למה נקט הוזמו ומוקי לה לענין קנס דמאה סלע מה דלא איירי עד עתה וכן הך דתבעו נפשות שוב מיירי לענין כתובה עדיפא הוי לאיקומי בהוכחשו בבדיקות ומיירי לענין כתובה ולעז ליכא ול"ל דלא רצה לאוקמי הך דתבעו ממון ביש לו שני כתי עדים שזינתה רק שהכחישו עלמן בבדיקות דא"כ הרי באמת תבע הבעל נפשות רק שלא הי' עדים מועילים לנפשות אבל הוא על עסקי נפשות בא ולדברי הר"ן שכתב דהא דלריך מומחין הייתו משום דאם אלו אין ראוים אפי' לו להלטרף לב"ד שידונו דיני נפשות וודאי ילעזו עליהם ואפיל' ר"מ כה"ג חייש ללעז א"כ ניחא דמשמע לתלמודין דרבנן דקאמרי תבעו ממון בשלשה הייתו מומחין כדברי ר"מ ולא מיירי לענין כתובה ובכה"ג שא"א כלל לבא לד"כ שהכחישו עלמם בבדיקות א"כ לא היה לריך מומחין וניחא הר"ן כתב כן לדעת עלמו אבל לא לדעת רש"י :

ולדעת הר"ן מיושב עוד מאי דקשי' לי מאי פריך לעולא מתבעו ממון הא איכא לאוקמי כגון שקדם ובעל לאלתר וטוען פ"פ וכמו דמוקי רב ששת בכתובות דף י' ע"א ברייתא דהתם והכא ליכא למיחש ללעז כלל והולם להר"ן ניחא א"כ לא הי' לריך מומחין ולדעת רש"י ל"ל דבעי לאוקמי תבע ממון עכ"פ באופן שהי' הבעל מוליא ש"ר דסתמא הייתו בשבא לערער שזינתה תחתיו וכהך דכילר הולאות ש"ר בכתובות דף י"ז ע"ב שהביא הר"ן בחידושיו כאן לסייע לרש"י אבל אכתי הי' אפשר לאוקמי שהבעל טוען פ"פ ומבלי עדים וכמו שכ' רש"י אליבא דרבא רק שבאו עדים א"כ שזינתה קודם הקידושין והוי מקח טעות

ואין

ואין הקידושין חלין כלל וליכא למיחש ללעז כלל דא"א עתה אחרי שהעדאת עדים האלה עוד לבוא לידי נפשות ויש לדחות דבעי לאוקמי גם למ"ד כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה ויש לה כתובה מנה דלפ"ז לא הוי מקח טעות וכן סובר רב חייא בר אבין התם וגם לרבא קודם החזרה איכא למימר הכי ואין להאריך ועכ"פ איכא גווני דאע"ג דחוששין ללעז מ"מ יש כ"מ לחוש לכבודן של הראשונים והיינו בדאכחוש כ"ג כי הביא הבעל עדים שזינתה לאחר הקידושין ושוב באו עדים שזינתה גם לפני הקידושי' דאין כאן עוד נפשות ואיסור אין לדון דין כתובה אלא בכ"ג משום כבודן של ראשונים ולכאור' הוי מצי לאוקמי' הך דתבעו ממון לדעת רש"י ג"כ בהביא עדים שלא התרו בה כלל ורוצה להפסידה כתובה דליכא למיחש ללעז וכמ"ש התוס' וגם זה סיוע להר"ן דלעיל ואפשר כיון דהוא בלבד נאמן להפסידה כתובתה אין לפרש תבעו ממון בהביא עדים שאין שם צד נפשות כלל כי למה יביאם לב"ד אבל אם אינו נאמן רק לעיקר כתובה ולא לתוספות כדעת הגאונים הי' צריך עדים אבל כיון שכ' רש"י דגם לר"מ דס"ל כתובה דאורייתא נאמן א"כ אף לתוספות נאמן.

ולדעת רש"י ניחא הא דמוקי לקמן במגלה אחד מהם קרוב או פסול ובפלוגתא דרבי ור"י ולדעת הרשב"א בתוס' לקמן לר' יוסי אם לא התרה בו הקרוב אין העדים אחרי' בטלים בשביל הקרוב וקשי' לי' א"כ מה שייך כאן לומר בפלוגתא דרבי ור"י כיון דאף לר' יוסי צריך התראה ועדיפא מדרבי ונדחקו התוס' לומר לפי מה דמשמע ממתני' הלזו וזה ודאי ל"ע כיון דאין כאן מחלוקת כלל בין רבי ור"י ונראה דמזה ראי' לדעת הרי"ף וסיעתו שכ' דדווקא היכא שהכשרים יודעים מקורבתו ופסולתו הוא דבטלה עדותם אבל כשאינם יודעים מקורבתו ופסולתו לא בטלה עדות הכשרים והנה יש לי ראי' מסוגין לדעת הרשב"א והרמב"ן במכות כ' דהרי"ף הוכיח דינו דתני' ר' אומר אף בד"מ והוא לא ידע שיש קרוב ופסול תתקיים העדות בשאר עדים ופירושו דגם בד"מ שאין שם התראה אם לא הי' יודע עד הכשר מן פסולות העד כשרים ולא בטלה עדות הכשרים וכ' הרמב"ן דגמרינן מינה דהיינו טעמא דפסולים הכשרים במגלה אחד מהם קרוב או פסול היינו טעמא משום שנטפלו לפסולים ולכך אם היו שוגגין כשרים. ובזה אמרתי לפרש מ"ש הרמ"א אפי' לא ידע זה מזה ותמה הסמ"ע בסי' ל"ו ס"ק ה' דמכין להרמ"א דהמחבר שהעתיק דעת הרמב"ם לא ס"ל כהרי"ף דבלא ידע כשר. ויתכן להנ"ל דטעם הרי"ף דמכשיר בלא ידעו משום דס"ל דפסול הכשרים וביטול עדותן הוא משום שנטפלו לפסולים נראה וודאי דאם לא כוונו שום עד אחד מהן לעדות לא הכשרים ולא הפסולים הרי לא שייך לפסול הכשרים משום שנטפלו לפסולים כי לא כוונו כלל לעדות לא שייך לומר דנטפלו והרי הש"ך בס"ק ג' הוכיח דלהרמב"ם אם לא כיון שום אחד לא הכשר ולא הפסול אפ"ה עדותן בטלה ממילא מוכח דל"ל הא דהרי"ף דבלא ידע כשר וכדברי הרמ"א ולפ"ז כ"ש דאם לר"י בראי' בעלמא נעשים עדים אפי' לא כוונו ועוד נראה כיון דר' יוסי מחלק בין דיני נפשות לד"מ ומטעם שכ' רש"י דכתיב והצילו העדה דמהדרינן אזכות מכלל דס"ל לר"י דגזה"כ הוא בד"נ משום והצילו העדה לא בד"מ ואין הטעם משום דנטפלו לפסולים והיינו דבתוספתא רבי היא דמהדר לי' לרבי יוסי אף בד"מ והוא לא ידע משום דלדידי' לאו גזה"כ הוא רק מטעם דנטפלו לפסולין ולכך אם לא ידע כשרים לרבי ולפ"ז יצא לנו דלר"י בד"נ אם לא ידעו הכשרים מן הפסולים אפ"ה עדותן בטלה וכמ"ש רש"י משום והצילו העדה ולרבי כיון דלא ידעו כשרים וכ' הרמב"ן שם להרי"ף נאמן הכשר לומר לא ידעתי בפסולתו יע"ש ולפ"ז איכא למימר דכי מוקמינן פלוגתי' דר"מ וחכמים במגלה אחד מהם קרוב או פסול ובפלוגתא דר"י ורבי היינו בשהתרו כולם אף הקרוב דאל"כ אינו פוסל לכ"ע כיון שאין עדותו מועלת וכמ"ש הרשב"א בתוס' רק דמיירי דאין הפסולים יודעים בפסולת הקרוב ופסול (ופשטות לשון מגלה בתר הכי משמע וכדאמרי' בשבועות דף ס"ו) ולזה לרבי מאיר דס"ל כר"י עדותן בטל ולחכמים דס"ל כר"מ עדותן קיימת והנה לר"מ דס"ל דכולה סוגין מיירי לענין מוציא ש"ר דהאב תובע קנס הא דמשני הכא שנמצא אחד מהם קרוב או פסול אם נאמר דהכוונה דכל שנמצא אחד מהם קרוב או פסול דעדותו בטלה שוב חייב הבעל לשלם קנס אז וודאי ליכא למימר כדברינו דלעיל דהא לפ"ד הנ"ל מאן דסובר כר"י לענין ביטול עדות סובר ג"כ כוותי' דבד"מ עדותן קיימת דהרי כל עיקר המחלוקת שבין ר' יוסי לרבי לענין אם אינם יודעים הכשרים מן הפסולים שאמרנו הוי משום דלר"י אינו הטעם משום דנטפל לפסולים רק מגזה"כ דכתיב והצילו העדה ולכך בד"מ כשרים וא"כ איך אפשר לחייב הבעל קנס דהרי אפי' להוציא מוציאין עפ"י עדים שנמצא א' מהם קרוב או פסול מכ"ש כאן דמסייעים להבעל שלא יוציא ממנו קנס (בלא דברינו הנ"ל י"ל דלא קאמרי' ר"ה סבר לה כר"י רק לענין זה כי בראי' בעלמא נתבטלה עדות הכשרים אבל לדברינו הנ"ל א"א לומר כן כמובן):

ואולם י"ל דלר"ת במגלה אחד מהם קאפ"ש אינו משלם קנס רק דג"כ בתירוץ זה מיירי בלבד שנמצא אחד מהם קרוב או פסול הכשרים מכחישים זא"ז בחקירות דלר"מ דס"ל כר"י משלם הבעל קנס בג' דליכא למיחש ללעז דהא גם העדים יבואו א"כ לא יועילו לר"י ורבנן דס"ל כרבי צריך כ"ג דחיישינן ללעז שיעידו עדים אחרים כאחד מהן ולא בטל עדותן לרבי בראיית הקרוב ואולם התוס' הקשו לקמן דף ל"א ע"א ד"ה שבש"א כיון דלב"ש בכת אחת נחלקו עדותן א"כ בשני כיתי עדים הוי ליה כנמצא אחד מהם קרוב או פסול ותירצו בשני תירוצים אחרונים דדווקא בתוך כ"ד פסול או קרוב מבטל עדות הכשרים וזה התירוץ וודאי א"א לומר לר"ת דאם כן אמאי לא חיישינן ללעז שיבואו עדים אחר כ"ד. עוד תירצו דכי אמרינן נמצא קרוב ופסול עדותן בטלה דווקא כשמסייעין אהדדי אבל היכא דמכחשי אהדדי לא. ולפ"ז אם אמרינן דלר"ת מיירי הכא דכשרים מכחישים להדדי בחקירות והרי הקרוב או פסול ע"כ אומר כאחד מהם א"כ לר"מ אמאי הוי בכ"ג ניחוש ללעז שיבואו עדים שיאמרו כדברי השני ולא הקרוב או הפסול את עדותן בשלמא אם אמרינן דלר"ת גם בשאינם מכחישין להדדי חייב הבעל קנס שפיר איכא למימר כתירוץ האחרון של התוס' ומיירי שאינם מכחישין זא"ז ולכך לר"מ סגי בג' אבל למה שכתבו אליבא דהרשב"א ומ"מ א"א לומר כפירושו של ר"ת מיהא גם בלא דברינו לדעת הרשב"א הא א"א לומר דמיירי באינם מכחישין זא"ז והבעל כל שיש בעדים קאפ"ש משלם קנס לר"מ בשלשה דא"כ לרבנן דס"ל כרבי דאין עדות קרוב ונבטלו הכשרים תהיה האשה חייבת מיתה וכבר כתבו התוס' דזה א"א לומר דר"מ יאמר על תביעת האב קנס בשלשה ורבנן יאמרו על מיתת האשה בכ"ג וממילא כל שאינו אומרים כתירוץ האחרון שכתבו התוס' לקמן בדף ל"א יהיה מוכרח שלא כדעת ר"ת רק דאפשר לומר שמ"ש התוס' לתירוץ האחרון דאתכחש בבדיקות כתבו התוס' לרבנן מיירי שהאב הביא עדים שהכחישו עידי הבעל הכחשה גמורה (ואף על גב דתרי ותרי נינהו מ"מ משלם קנס) וטעמא דרבנן דחוששין אולי יזמו עדי האב אם כן אף לתירוץ זה של התוס' לקמן דף ל"א י"ל גם כדמשני שנמצא אחד מהם קרוב או פסול מיירי שיש לאב עדים שמכחישין עדי הבעל הכחשה גמורה דלר"מ דס"ל כר"י ליכא למיחש ללעז דהא גם אם יזמו עדים של האב ליכא מיתה ולכך בג' סגי ורבנן חיישי ללעז מעתה מוכיח לתירוץ זה של התוס' לחכמים דבתרי ותרי משלם קנס והר"ן כתב דאין סברה כלל אם יש עדים המסייעים לבעל לחייב קנס ולדידי' מוכרח מתירוץ זה שלא כר"ת. ומיהא גם כאן י"ל כמ"ש לקמן דמיירי שעדי האב הזימום לעדי הבעל ורק מחלוקת ר"מ וחכמים משום כבוד הראשונים:

ולתירוץ מה שכתבו התוס' לקמן דף ל"א יש ליישב קושית התוספות דלקמן אליבא דרש"י היכא שהכחישו עצמן בבדיקות אמאי לא חיישינן ללעז דלפ"ז איכא למימר הא דמשני באתכחש בבדיקות. ובפלוגתא דבן זכאי ורבנן היינו משום התירוץ הזה ג"כ קא מיירי שנמצא אחד מהם קרוב או פסול רק שהקרוב והפסול הביאם להכשרים בבדיקות

ולא

ולא בחקירות ולפ"ז פליגי איפכא דר"מ סובר כרבנן דהכחשה דבדיקות לא הוי הכחשה. ולכך הקרוב מבטל עדות הכשרים ואין כאן מיתה ומפסדת הכתובה בשלשה דהוא נאמן מבלי עדים ורבנן סברי כדקי"ל כבן זכאי דהכחשה דבדיקות הכחשה היא ואין הקרוב מסייע להכשרים ולכך הוי בכ"ג כי חייבת מיתה ואפילו אין הבעל תובע רק ממון מ"מ חוששין ללעז (כן י"ל לרש"י בכל הני תירוצים דמשני אביי ואינך אמוראי דלעולם אין הבעל תובע רק להפסידה כתובה כמו לר"מ ורק כיון דלרבנן איכא מיתה חוששין ללעז ואין דנין גם על הכתובה רק בכ"ג והיינו דנקט אביי חוששין ללעז כי לא רצה לומר דלרבנן מיירי לענין מיתה ממש דלא כר' מאיר דמיירי רק לענין כתובה):

ואף התירוץ דמשני תלמודן שהתרו בה אחרים ולא התרו בו עדיה אע"ג דלפ"ז ודאי מיירי כפשוטו מ"מ אליבא דהרשב"א הנ"ל גם כן מצי לאוקמיה את מחלוקת ר"מ ורבנן בנמצא אחד מהם קרוב או פסול ונתכוון הקרוב לעדות רק שלא התרה בה ורבנן ס"ל כר"י דצריך פי עדים להתרות וכאן כיון שלא התרה בה לדעת הרשב"א אין הקרוב מבטל שהרי לא היה נדון עפ"י עדותו גם אם היה כשר ולכך צריך כ"ג ור"מ ס"ל כרבנן דלא צריך פי עדים להתרות וכיון שנתכוון הקרוב לעדות מבטל את הכשרים ולכך די בשלשה. אמנם תלמודן נקט שהתרו בה אחרים ולא עדי' משום דבכה"ג יש ג"כ לפרש מחלוקת ר"מ וחכמים כפשוטו בלא קרוב או פסול ועל כל פנים בנמצא אחד מהם קרוב או פסול יש לפרש כגוונא דאמרן וכן תירוץ האחרון דאיתכחש בבדיקות:

ולדעת ר"ת שמפרש כולה סוגין דפליגי ר"מ ורבנן לענין קנס שתובע האב מן הבעל כלשון מוציא ש"ר בכ"מ יש לעיין לעולא דפליגי בחוששין ללעז אולי יבואו עדים ותתחייב מיתה ויצטרך להוסיף כ"ג ויאמרו שהראשונים לא ידעו לדון לפיכך הוסיפו עליהם. ולפ"ז צריך ביאור אם הבעל מביא עדים שזינתה ולא הכחישו אותם בחקירות ובא רק להפסידה כתובתה מה דינו לר"מ ולרבנן ואם נאמר דגם בזה פליגי ר"מ ורבנן א"כ יש לתמוה אמאי נקט פלוגתיה במוציא ש"ר ולענין קנס ולא פליגי לענין כתובה מיהא בזה י"ל דכיון דעכ"פ היא חייבת מיתה לא שייך כלל לומר לר"מ בג' דכיון שסופה ליהרג למה ידונו אותה להפסיד כתובתה אבל הרי משמע וודאי דאף לר"ת דווקא אם הכחישו אותם בחקירות ולא כוונו עדותן בהא קאמר דמשלם קנס. אבל אם אמרו אין אנו יודעין דעדותן בטלה בחקירות ואינה חייבת מיתה ולפ"ש הנו"ב בחא"הע סימן ע"ב אע"ג דמדאורייתא בעינן דרישה וחקירה בד"מ מ"מ אם אמרו אין אנו יודעין עדותן קיימת משום דמדאורייתא לא צריך עדות שאתה יכול להזימה בד"מ ולפ"ז לכאורה ג"כ עכ"פ מפסדת כתובתה א"כ אמאי נקט תנאי פליגי בהוציא ש"ר והוכחשו עדיו והאב תובע קנס ולא פליגי בתביעות הבעל והעדים אינם יודעים בחקירות אם חיישינן שיבאו עדים אחרים ויכוונו עדותן ואיכא לעז על הראשונים שיאמרו עליהם מפני שלא ידעו לדון הוסיפו עליהם:

ולפמ"ש הנימוקי יוסף אליבא דר"ת דפירש חוששין ללעז היינו באם יבאו העדים א"כ שזינתה יאמרו על הראשונים שטעו בדין כי הם חייבו את הבעל קנס והרי היא חייבת מיתה ולא ידעו כן ומפני שהביא הבעל עדים אחרים היא מתה ולדבריו איכא למימר דכל שאין השם שיאמרו על הראשונים שטעו ליכא לעז כלל וממילא לא צריך לחלק בין הך דיוסיפו הדייני' לכאן דאין התוספות גנאי רק כשיאמרו עליה' שטעו בדין ולפ"ז בכה"ג שהבעל טוען לפקוד כתובתה ומביא עדים שאינם יודעים באיזה יום ובאיזה שעה א"צ אף לרבנן כ"ג דאף אם יבאו עדים היודעים באיזה יום כו' מ"מ אין לעז על הראשונים אבל לדעת התוס' צ"ע אמאי לא נחלקו בכה"ג בתביעת הבעל אם צריך כ"ג לרבנן ולר"מ לסגי בג' וכבר רציתי לומר דהא דפליג ר"מ אדרבנן ולא חייש ללעז היינו דווקא כשהוכחשו העדים בחקירות או בבדיקו' כיון דמחייבין לבעל במאה סלע וא"כ ע"כ חשבינן לדברי הבעל והעדים לשקר א"כ לא חייש ר"מ ללעז. אבל היכא דאמרו איני יודע דמפסדת כתובתה רק שא"א לחייבה מיתה על פי עדותן בזה לכ"ע חייש ללעז. אבל א"א לומר כן לפמ"ש המהר"ס לובלין לפרש לדעת התוס' בד"ה רבה דכ"ע וכו' דכתבו לצדדי' דהבעל בתחלה לא בא רק לאוסרה עליו ולהפסידה כתובתה מכלל דכה"ג לא צריך כ"ג לכ"ע אליבא דרבה ואולי יש לדחוק דהיא גופא קמ"ל דחייב הבעל בכה"ג מאה סלע אף שהאב לא הביא עדי הזמה והעדים אין נהרגין ולא כמ"ד בירושלמי דאם אין עדים נהרגין אין הבעל משלם מאה סלע

ובתוס' ד"ה והביא האב עדים והזימום. פירשו דהיינו קודם גמר דין כתב הנוב"י קמא באה"ע סי' ע"ב דמדברי התוס' הללו מוכח דלא כהריב"ש דפסק דהא דאמרינן דאין מזימין את העדים אלא בפניו ה"ד לענין לעשות בעדים דין הזמה שהוא חוב העדים ולכך צריך להזימן בפניהם אבל לעשות אותם פסולים וכן לענין ביטול עדותן מאמינן המזימין אפי' לא בפניהם דאין זה רק חוב הבע"ד והרי הוא כאן וכ' הוא ז"ל דאם הי' התוס' סוברים כאן אמאי הוצרכו התוס' לו' דמיירי קודם שנגמר הדין הל"ל דמיירי שלא בפניהם אע"כ דלא הוי הכחשה ולפענ"ד בזה לכ"ע הוי חיישי' ללעז דהרי מלוה לעשו' בעדים דין הזמה וא"כ אף שעתה אין העדים כאן מ"מ הרי כשיבואו העדים ונעשה בהם דין הזמה כאשר יעידו העדים בפניהם ויהי' צריך כ"ג ואיכא לעז אם לא שנאמר דמתו העדי' לפני בוא המזימין ובזה וודאי עדיפא להו לומר בקיצור שהזימום לפני גמר דין אבל יש להוכיח כן מדברי התוס' לקמן דף יו"ד ע"ב ד"ה בפלוגתא שהקשו דאמאי לא חיישי' שמא יבאו עדים אחרים ולדעת הריב"ש שהזמה שלא בפניהם מבטל עדותן לגמרי א"כ נוקי להאי שהזימו את העדים שלא בפניהם ואין כאן מיתה ומ"מ הי' ראו לחוש שיבאו העדים הניזומים ויעידו בפניהם ואיכא חיוב מיתה ויהי' ללעז ואם הכחשה דבדיקות הכחשה לא יהי' כאן לעולם דין מיתה ובהא פליגי ר"מ ורבנן אע"כ דלא סבירא להו כהריב"ש וגם זה אינו קושיא כ"כ משום די"ל דכיון דלמ"ד דהכחשה דבדיקות הוי הכחשה א"א לגמור את הדין ולא שייך לומר דלרבנן הוי בכ"ג משום דאיכא לעז כשיעידו עדים בפניהם דהא לא נגמר הדין ואע"ג דרבנן ס"ל דלא הוי הכחשה וגומרין את הדין מ"מ דומיא דר"מ דאמר בג' לא הוי אצרכו רבנן כ"ג:

תוס' ד"ה באשה חבירה כתבו וכגון דאמר בעל וחזר ובעל כו' הנה הנודע ביהודה כתב להכריח כדעת הסוברים דעידי כיעור אם מהני להוציא מן הבעל ה"ה להוציא מן הבועל ודלא כהרי"ף והרמב"ם דלהוציא מן הבעל צריך עדי טומאה דווקא דא"כ מאי מקשה בדף מ"ה דכיונא לאוסרה על בועל שני באנו וקשה דלמא ס"ל כרבי דלבועל אין צריך רק עדי כיעור וא"כ ע"כ להורגה באו דאם לאסור על הבועל לא היה להם להעיד רק מה שראו ממנו דבר מכוער אע"כ דאין חילוק בין בעל לבועל דגם על הבעל נאסרה לרבי בעדי כיעור וא"כ רב חנן דאמר עידי נערה מאורסה שהזמו אין נהרגין מתוך שיכולים לומר לאסרה על בעלה באנו ע"כ לא ס"ל כרבי דא"כ דס"ל כרבי הרי לא יוכלו למימר לאסור על בעלה באנו ולא להרגה דהיה להם להעיד רק בדבר מכוער ולא על זנות ממש ולדעת הרי"ף דלבעלה אף לרבי צריך עידי טומאה הדרא קושי' לדוכתי' כמובן והנה לדבריו גם כאן לא צ"ל דר"פ מוקי דעדים אמרו בשבעל וחזר ובעל דהיכא למימר דר"פ מוקי למתני' כרבי דקי"ל כוותיה דאף לבעלה נאסרה בעידי כיעור לשאלתות וסיעתו וע"כ להורגה באו דאם לאסרה הרי היו יכולים להעיד על כיעור בלבד ולמה העידו על זנות רק לפ"ז יקשה א"כ הוי ר"פ מצי למימר דלכ"ע חבר א"צ התראה ופליגי בפלוגתא דרבי ורבנן אם עידי כיעור אוסרים דרבי מאיר סובר עידי כיעור אינם אוסרים ולכך אין כאן מיתה משום דיכולים לומר לאסור על בעלה באנו וכיעור אין אוסר אותה ורבנן סברי כרבי דעידי כיעור ג"כ אוסרים על בעלה וא"כ יש כאן חיוב מיתה דלא יוכלו

לגמר

לומר לאסור על בעלה בזנו דאם לאסור בזו אמאי העידו זנות ממש ולא העידו רק על דבר מכוער ולפמ"ש המהר"ש שי"ף לקמן דף ע' ע"ב בתוס' ד"ה עידי הזנ נהרגין שהקשו התוס: דאמאי נהרגין הא יכלו לומר לא לחייב עדי' הבעל בזנו אלא לחייב הבעל מאה סלע בזנו כו' והקשה המהרמ"ש דא"כ אמאי הזימו אותם הי' להם להכחישם והי' ג"כ הבעל חייב מאה סלע לפמ"ש התוס' בדיבור שלפניו וכתב המהר"ש שי"ף משום דעדים יכולים לומר לא היינו יודעים כי ע"י הכחשה יתחייב הבעל מאה סלע דאמאי חזית דסמכת אהכי סמוך אהכי וא"כ אף כאן אין הכרח כלל מהך דדף מ"א לסתור דעת ר"ת והרי"ף דאף דבאמת הדין דנאסרה על הבעל וגם הבעל בעדי כיעור מ"מ אין שייך לומר דאם מעידין לזנות דוודאי להורגה בזו דא"כ היו מעידין על דבר מכוער בלבד דיכולים לומר סבורים היינו שלא תאסר בדבר מכוער בלבד דהרי רבנן הכי ס"ל דאין נאסרת על הבועל ג"כ אלא בעדי טומאה ובאמת הטו"ז כתב שם בתשובה ההיא דהתוס' שהקשו דיאמרו עידי הזנ לחייב הבעל קנס בזנו אזלי בשיטתו של רש"י דאין הבעל משלם קנס בהכחשה בלבד רק בהזמה ולדבריו אפשר כל שהדין כן אין להם לטעון שטעו בדין אבל לפמ"ש מהרמ"ש הנ"ל הדבר ברור דאין כאן קושי' כלל וכדאמרן:

בעזה"י סוגיא דפתח פתוח כתובות דף ט'.

(בשם בן המחבר מהר"מ נ"י)

תנן בריש פרקין בתולה נשאת ליום רביעי וכו' שאם הי' לו טענת בתולים הי' משכים לב"ד ופירש"י ומתוך כך יתברר הדבר כשילא הקול ויבואו עדים והתוס' ד"ה שאם הביאו פירש"י בזה הלשון ומתוך כך יתברר הדבר ויבואו עדים שזינתה ברצון הוסיפו על דברי רש"י שהעדים יעידו שזינתה ברצון והנה לכאורה כיון דאין אנו מתירין אותה רק אם יש כאן ספק ספיקא והנה אם יאמרו העדים רק שזינתה תחתיו ואין יודעין אם זינתה ברצון או באונס גם כן היא אסורה לבעלה דלא נשאר רק ספק אונס או רצון והנה י"ל לדעת הפוסקים דעדות לאסור אשה על בעלה צריך דרישה וחקירה. והנה אם אין העדים יודעים מתי נעשה המעשה אין מקבלין עדותן והנה כיון שאומרין הזמן אזי ידענו אם באותו הזמן נתקדשה או לא וכיון דידעינן לפי עדות העדים שזינתה תחתיו שוב אין נפקותא לידע אם באונס אם ברצון דכיון דזינתה תחתיו לא נשאר רק ספק אחד אם היא באונס או ברצון אמנם התוס' ז"ל דס"ל דלאסור אשה על בעלה אין צריך דרישה וחקירה ואם העדים אומרים באין יודעין מתי נעשה המעשה מקבלין עדותן והנה אם לאסרה על בעלה אזי כי צריכין להעיד כי היתה תחתיו אף דאינם יודעים שנעשו ברצון או אם אומרים בזינתה ברצון אף כי אינם יודעים שהיתה אז תחתיו באחד משני אלו אין כאן ס"ס והיא אסורה לבעלה והנה לזאת נקטו התוס' בדבריהם ויבואו עדים שזינתה ברצון להשמיענו הך דיכא דאף אם לא ידעו העדים אם היא תחתיו או לא מ"מ כיון שהם מעידים שזינתה ברצון אוסרים אותה כי עדות לאסור אשה על בעלה לא בעי דרישה וחקירה ועוד י"ל בדברי התוס' שנקטו בדבריהם שיבואו עדים שזינתה ברצון דהנה הגאון בעל חתם סופר זצ"ל הקשה לדעת הסוברים ביו"ד סימן ק"י דבס"ס אף אם יכולין לברר אינם צריכים לברר והנה לדעת רש"י דס"ל דעיקר התקנה שמא יבואו עדים ויתברר הדבר והנה כיון דאיכא כאן ספק ספיקא ואם לא הי' תקנה שיבוא הבעל ויבא"ל אם צריך לברר היינו אומרים לו דאינו צריך לברר ולמה לנו זאת התקנה כדי שיבורר הדבר הלא מצד הדין אינו צריך בירור והנה לכאורה מוכח מזה כדברי הרשב"א דגם בס"ס דכל היכא דאיכא לברורי צריך לברר והנה הכו"פ קמא חלק יו"ד דעתו דהא דאמרינן דצריך לברר היינו אם כל השני ספיקות יכולין להתברר אמנם אם אחר הבירור עדיין ישאר ספק אזי אין צריכים לברר והנה י"ל דלכך כתבו התוס' דיבואו עדים שזינתה ברצון ויבוררו כל השני ספיקות ולכך הוצרכו לתקן אמנם לא הי' באפשר שיבורר שזינתה ברצון לא הי' צריכין לתקן ולברר כלל.

והנה אם נאמר דבס"ס אין צריכין לברר כלל אזי בוודאי אין הפירוש כפירש"י דהרי היכא דאיכא ס"ס לא היו החכמים צריכים לתקן התקנה ועל כרחך התקנה משום אשת כהן או באשת ישראל ובפחותה מבת ג' שנים ובזה יש ליישב דברי הרי"ף דתירץ על הקושיא דאמאי אסרינן באשת כהן הלא איכא ס"ס דמוכת עץ ואולי איכא תחתיו ותירץ דמכ"ע פתחה סתום והקשו דא"כ מאי תירץ הגמ' לקונן לא דקטעין טענת דמים והלא אם אמרינן דמכ"ע פתחה סתום ע"כ צריך לומר דאין לה דמים וא"כ אכתי יקשה דאיכא ס"ס דמו"ע והנה הראשונים דתירצו על הקושיא דהא איכא ס"ס דילמא מ"ע כתבו דמ"ע לא שכיח והנה הרי"ף דלא ניחא לי' בהך תירוץ צריך לומר דס"ל דמוכת עץ שכיח והנה י"ל דגם הרי"ף ס"ל דמ"ע לא שכיח ורק דסובר כמו שדקדק הפנ"י דאף דלצד אחד לא שכיח מ"מ כיון דהספק הראשון הוא ספק השקול וא"כ מצטרפין לספק השני אף מידי דלא שכיח ולכך הוצרך הרי"ף לתירוץ אחר:

אמנם אם מצטרפין ספק דלא שכיח עם ספק השקול כ' הפנ"י דבין לדעת הרמב"ם דלכך מתירין ס"ס משום דספק הראשון מותר מן התורה ובין לדעת הרשב"א דסובר הטע' דמתירין ס"ס מטעם רובא לכל אחד מן הסברות אם רק הספק הראשון הוא ספק השקול מצרפין הספק השני אף דלא שכיח לדעת הרמב"ם שוב אין כאן אף איסור דרבנן ולדעת הרשב"א מצרפין המיעוט דלא שכיח עם הפלגא דספק השקול וממילא הוי רובא רק בקו"א כ' די"ל דמיעוט כמאן דליתא דמי ולא מצרפין לספק המיעוטא דלא שכיח והכרחא מן דבריו דזהו לדעת הרשב"א דס"ל ספיקא דאורייתא מן התורה לחומרא והנה להתיר ספק תורה צריך ג"כ הספק השני להיות ספק השקול אמנם לדעת רמב"ם דסובר סד"א לקולא מן התורה ורק מדרבנן מחמירין וא"כ כשהספק הראשון הוא ספק השקול לא נשאר רק איסור דרבנן וא"כ י"ל דגם דהספק השני הוא לא שכיח מ"מ נצטרף להס"ס שיהי' מותר אף מדרבנן:

והנראה לפענ"ד לומר דאם הטעם דמתירין ס"ס מצד דהספק הא' מותר מן התורה כרמב"ם דלפי"ז דצריכין לברר אם יכולין לברר דהנה הנתיבי"ע והפר"ח מתרצין מה שמקשין על הרמב"ם דס"ל דסד"א לקולא מן התורה מהך דפ"ק דחולין דגמרינן דאזלינן בתר רובא מרישא של עולה תנשאר קרבנות דלמא התם הטעם משום דהוי ספק ואזלינן לקולא ותירצו דהתורה לא התיר ספק רק היכא דאין בידינו לבררו אמנם היכא דבידנו לבררו ספק כזה לא התירה התורה בלי בירור והנה אחרי כי היכא דיכולין לברר אין הספק מותר מן התורה והנה גם בס"ס היכא דיכולין לברר צריכין לברר דהרי אין אנו יכולין לומר דהספק ראשון המותר מן התורה דהרי בלי בירור אינו מותר מן התורה אמנם אם נאמר דהטעם דמותר ס"ס מצד רובא יש לומר דאינו צריכין לברר כמו בכל דבר דאזלינן בתר רובא דאין צריכין לברר וכן כתב הפמ"ג בספר גנת וורדים כלל ה' ת"ל או היכא דאיכא לברורי לא מהני ס"ס דבכל אלו מן התורה אסור ואלו לטעם הרשב"א מתירין בכל אלו מטעם רובא (והן אמת בדבריו כ"ע בכתב זאת לדברי הרשב"א והרי דעת הרשב"א דהיכ' דיכול לבדוק לא מהני ס"ס וע"כ להרשב"א לא תליא זה בזה אמנם לדידן י"ל דהטעם: דאין צריך לברר היכא דאיכא ס"ס מטעם דהוי כמו רוב) והנה בוודאי גם לדעת הרמב"ם דהגם שיש לנו הטעם להתיר ס"ס משום דהספק הראשון מותר מן התורה מ"מ יש לנו לומר גם דס"ס הוי כמו רוב וממילא דגם להרמב"ם אין צריכין לברר היכא דאיכא ס"ס אמנם בגוונא דמלד רוב אין להתיר ורק מלד דהספק ראשון מותר מן התורה בזה וודאי צריכין לברר:

והנה לפי"ז יש לומר דוודאי אם הס"ס הוא ספק תחתיו ספק ברצון והנה התוס' כתבו דאיכא דרצון לא הוי

רוב גמור וא"כ הוי ס"ס גמור דיכולין להתיר מטעם רוב וא"כ אין לו' הטע' במשנתינו שמא יבואו עדים ויעורר הדבר דהרי ס"ס בכה"ג אינו צריך לברר כלל. אמנם אי מיירי בטענת דמים והוי חס"ס משום מו"ע ולפי מה שכתבנו אין להתיר ס"ס כמו זה דהספק השני הוא לא שכיח רק אם אמרינן דספק תורה לקולא וא"כ כיון דאין אנו מתירין רק מצד זה ממילא צריכין לברר והנה י"ל דהכי אזיל תירוץ הגמ' דקטעין טענת דמים ואף דאיכא ס"ס דמו"ע מ"מ י"ל דהתקנה היתה שיבואו עדים ויעורר הדבר:

נחלקו הראשונים בטוען פ"פ מצאתי וכמלא דם אי נאמן הנה רש"י פירש על הא דאמר ר"א האומר פ"פ מצאתי נאמן כתב רש"י וטענת דמים אין לו כגון שהיא ממשפחת דורקטי או שאבדה המפה דמשמע מדבריו דבמצא דם אינו נאמן בטענת פ"פ אבל דעת הרבה מהראשונים דגם במצא דם נאמן לאוסרה עליו דכיון דקים לי' בפ"פ אמרינן דהאי דם לפור הוא דהכניסה והביאו ראי' מן הירושלמי דאיתא דכשמצא דם נמי אינו רשאי לקיימה משום ספק סוטה. והנה כתבו דאין ראי' מהירושלמי דהרי הירושלמי מחמיר אף בס"ס וחולק על גמ' דידן וכתבו הראשונים דאין זו הוכחה דאף דגמ' דידן חולק על הירושלמי ומתיר בס"ס מ"מ בהך דמצא דם אין ראי' דיחלוק הגמ' דידן על הירושלמי ויעויין כל זה בש"מ והכלפעכ"ד הוכחת הראשונים דתליא הך דס"ס בהך דמצא דם דהנה דעת הרשב"א דמאי דאמרינן שויא אנפשיה חתיכה דאסורה גם אם יבואו עדים ויעידו היפך דבריו מ"מ אסור לו הדבר והנה לכאורה מדברי רש"י דסובר דאם מצא דם דאינו נאמן לומר פ"פ מצאתי דהכן סהדי דמשקר והרי כיון דהטעם מצד שויא אנפשי' חתיכה דאסור' מה יועיל אם יש הוכחה דמשקר הרי גם אם יש כאן עדים שלא כדבריו מ"מ אסור ומצאתי להגאון חת"ס ז"ל חלק אה"ע כי הוכיח מדברי רש"י דלא ס"ל הך דרשב"א והנה לדעת הרשב"א דסובר דאמרינן שויא אנפשי' חתיכה דאיסורא אף כגד עדים יש לנו לומר דאף אם מצא דם מ"מ נאמן. או אם נאמר לדעתו דאם מצא דם אינו נאמן על כרחך אין הטעם משום דשויא אנפשי' חתיכא דאסורא רק הטעם משום דאמרינן דקים לי' וכיון דאיכא דם הרי יש הוכחה דלא קים לי' והנה בטעם הירושלמי דאוסר גם בס"ס ובגמ' דידן דמתיר בס"ס י"ל דבזה נחלקו דהנה דעת הפנ"י בסוגין דספק זנות אינו בכלל ספק סוטה דאם הי' בכלל ספק סוטה הי' לנו לאסור גם ס"ס כמו גבי טומאה דאמרינן כל ספיקות שאתה יכול לרבות והנוב"י תנייכא חי"ד סי' ל"ח דעתו דספק זנות הוי כמו ספק סוטה (ולא יוקשה קושית הפנ"י דאמאי מותר ס"ס דגם גבי טומאה לא אסרינן ס"ס רק ספק מגע ולא ספק ביאה כמו דאיתא בתוס' ב"ב מחלוקת רש"י ור"ת יעויי"ש דף כ"ה ע"ב) והנה י"ל דהגמ' דידן סובר דספק זנות לא הוי כמו ספק סוטה ולכך ס"ס מותר אמנם הירושלמי סובר דספק זנות הוי כמו ספק סוטה וסובר הירושלמי דכל ס"ס אסור גבי טומאה וא"כ גם ספק זנות דהוא ספק סוטה ג"כ ס"ס אסור:

והנה הרא"ה בבדק הבית כתב על זה שהקשה הרשב"א על דעת הר"י דאין מתירין ס"ס רק הבאים מכח תערובות והקשה עליו הרשב"א מסוגיא דידן דמתירין ס"ס אף דאינו בא מכח תערובות וכתב הרא"ה בתירוץ השני ה"ל אי כמי כולהי תרי ספיקא בעלמא אינו אלא איסור דרבנן וכיון דכן הכא גבי אשה אין ראוי להאמינו על פיו לאוסרה עליו כיון דליכא אלא אסורא דרבנן עכ"ל. הנראה מדבריו דאם אינו אלא איסור דרבנן לא אמרינן שויא אנפשי' חתיכה דאסורא והנה איך אמר ר"א דנאמן לאוסרה עליו מצד חתיכה דאסורא הלא אין האיסור רק מדרבנן (ויעויין בנוב"י שם) אמנם אם אמרינן דספק זנות הוי ספק סוטה ניחא דבספק סוטה הוי ספיקא לחומרא אמנם אם ספק זנות אינו ספק סוטה הנה אם נאמר דספק תורה מדרבנן רק לחומרא וגם לדעת הרא"ה דבאיסור דרבנן לא אמרינן שוי' אנפשי' חד"א ע"כ אין טעמו של ר"א מצד שויא אנפשי' חד"א רק משום דקים לי' בפ"פ וממילא במצא דם אינו נאמן והנה הירושלמי דסובר דס"ס אסור וע"כ סובר דספקו הוי כמו ספק סוטה דאסירו מן התורה וממילא יכול לומר שויא אנפשי' חתיכה דאסורה וא"כ גם במצא דם נאמן דאין לומר דהא יש לן הוכחה דמשקר דכיון דאמרינן שויא אנפשי' חתיכה דאסורא נאמן הוא על עצמו יותר מעדים וכמו"ש הרשב"א. אמנם גמ' דידן דמתיר ס"ס וע"כ צריך לומר דספק זנות לא הוי כמו ספק סוטה וא"כ אין לומר מצד שויא אנפשי' חד"א דכיון דהוא רק מדרבנן לא אמרינן שווי' חד"א ורק הטעם דנאמן משום דאמרינן דקים לי' בפ"פ ואינו משקר ולכך כי מצא דם אינו נאמן דאיכא הוכחה דמשקר:

סימן נו

בע"ה השם יתברך להרב המאור הגדול וכו' מוה"ר דוד יהודא אבדק"ק ס"פ יע"א:

אשר כותב מעכ"ת כי' עמנו אודות איש אחד שהוא עתים חלים ועתים שוטה אם אפשר לו בעת שהוא חלים לכתוב וליתן גט ליד השליח שימסור לאשתו במקום שהיא שם כי א"א לה לבוא למקום הבעל או כיחוש כי אולי בשעת נתינה יהיה שוטה. ורצה מעכ"ת כי' לומר כיון דלדעת הרמב"ם אף אם וודאי שוטה בשעת נתינה אינו אלא פסול מדרבנן יש להתיר בספק אם הוא שוטה אע"ג דאתחזק איסורא דעת הרמב"ם כי אזלינן לקולא אף באיתחזק איסורא בדרבנן. ולפ"ז אף כאן יכול הבעל בעת חלימותו לכתוב ולמסור הגט ליד שלוחו לגרש את אשתו במקום שהוא כיון דספיקא דרבנן:

הנה כבר ראה מעכ"ת כי' כי לדעת הרשב"א והש"ך בסימן ק"י פסקינן כר"י דאף בדרבנן כל היכא דאתחזק איסורא אזלינן לחומרא ואפילו להרמב"ם אינו מוכרח בדבר שיש לו עיקר מן התורה והאריך בדבר הזה בשעה"מ בהלכות מקואות ברא"ש ההלכה והביא שם להקת הפוסקים הסוברים דלחומרא אזלינן בדרבנן היכא דאתחזק איסורא וגם פלפל בחכמה בהך דיש לו עיקר מן התורה ואין כאן מקומו והרי הב"ח בסימן קכ"א מרא דשמעתתא דלהרמב"ם גם אם אין סמיא בידן אם לוה כשהוא פקח וכתבו כשהוא שוטה לא הוי רק מדרבנן ושעיקר כדברי הרמב"ם ואפ"ה כתב בתשובה סימן ק"א שאין תקנה לעתים חלים ועתים שוטה רק שתעשה האשה שליח לקבלה וביאר שם אופן עשייתו לדידן יעו"ש וכתב שא"א לעשות ע"י שליח להולכה פן יחזור הבעל לשטותו והביאו הב"ש בסימן קמ"א סעיף קטן מ' ואם היה חלימותו זמן מועט מ"מ עכ"פ היה כדי לכתוב וליתן הגט ומכ"ש שיכול להיות אח"כ כדי נתינה ואפ"ה לא הקיל משום ספק דרבנן:

וזה לדעת הרמב"ם אין ראויה לעשות כן כאמור כ"ש שהריא"ז בש"ג כתב דאפילו ריח הגט אין בו והרא"ש בתשובה הביאו הפר"ח באה"ע סימן קכ"א גם הוא כתב דאם אינו שפוי בשעת נתינה אינו גט ותקוקה ליבם וכן הטור ס"ל כן ולהב"י עכ"פ באין סמיא בידן אינו גט וחלילה להתיר א"א ע"י גט שהוא בטל לדעת גדולי הפוסקים האלה ולסמוך על דעת הרמב"ם לבדו:

והרשב"א כתב מדאמרינן באומר מעת שאני בעולם משמע שאינו צריך להיות שפוי בשעה שהגט דכיון דרגע האחרון וודאי דאין דעתו עליו. ומזה הכרח לדעת הסוברים דאין צריך שיהא בדעתו בשעת הנתינה. ומזה יהיה גם כן קלת ראיה לדעת הרמב"ם דעיקר הקפידא שיהא בדעתו בשעת ליווי אף שאינו דומה כ"כ הרי הירושלמי שהביא הרשב"א מדמי להו להדדי והפר"ח דוחה קושית הרשב"א כי כוונתו באומר מעת שאני בעולם ודאוי ליתן גט:

וכבר עלה ברעיוני לומר דאף החולקין על הרמב"ם אפשר דס"ל דאם מינה הבעל שליח בעת שהיה חלים אף כי אח"כ נשתטה מ"מ ראוי לומר דכיון דנעשה השליח בעת חלימותו ידו כיד הבעל והיה ראוי לגרש והא דפסלי הגדולים

החולקים על הרמב"ם ואמרו דאינו גט היינו על פי מה שכתב הרמב"ם בפרק י' מהלכות גירושין בקטנה אף ע"ג שחצרה קונה לה [ופירש הה"מ שם דחצר משום שליחות הוא ואולי אפשר בגוונא דזכות הוא לה דלא בעי עומדת בצד חצירה וכמ"ש הר"ן ריש פרק הזורק בשם הרשב"א יעו"ש] מ"מ אינה עושה לקבלה שליח מפני ששליח לקבלה צריך עדים ואין מעידין על הקטן. וכבר היטב לראות הפ"י בגיטין דף ס"ד עמוד ב' ולפרש דברי הרמב"ם שהוצרך לכך מפני שהוא ז"ל סובר דאין למעט מאתם גם אתם רק בעידי דליתא בדכפשיה וכמ"ש התוס' שם בסוף העמוד אבל בעידי דאיתי' אין למעטו לקטן לכך הוצרך הרמב"ם לומר הטעם מפני שאין מעידין על הקטן ומה שהקשה שם הפ"י בדף ס"ה דא"כ קטנה האיך מתגרשת הא בעינן עדים. או ע"ה או ע"מ בעניות לא ידעתי מאי קשיא ליה דדווקא היכא דהקטן עושה מעשה הצריך עדים בזה קאמר הרמב"ם ז"ל דאין מעידין עליו לקיים את מעשהו ולכך אין קטנה עושה שליח לקבלה דאין מעידין עליה. אבל בגירושין אין האשה עושה שום דבר רק הבעל הוא העושה הוא המגרש ואפי' זרקה לתוך חצרה ומגורשת ולא בעינן דעתה כלל ואין העדים מעידין על מעשיה רק מעשה הבעל והיא מגורשת ממילא:

והנה אם אין מעידין על הקטן מפני שאין בו דעת גמורה כמ"ש הרמב"ם פ"ו הנ"ל מכ"ש על השוטה שאין בו דעת כלל מעתה גם אם נאמר שאם עשה שליח כשהוא חלים אין שליחותו בטל כשנשתטה א"כ עכ"פ המגרש הוא ומכוחו היא נתרת לעלמא בגירושין אלו והרי אם מת הבעל וודאי אין השליח יכול לגרש כמו שפסקינן בפ"ק דלא יתנו לאחר מיתה ובדף כ"ט ע"ב אילו מת הבעל מידי ממשא אית ביה וא"כ ע"כ באם נאמר בעושה שליח כשהוא חלים אין שליחותו בטל ומדאורייתא היינו רק לענין שיהיה להבעל יד השליח תחת ידו אבל הגירושין עתה בנתינה ליד האשה חלין אבל כיון שצריך ע"א או ע"מ איך אפשר להעיד על השוטה לא יהיה כח הבעל בעשה שליח כשהוא חלים וא"כ נעשה שוטה כוחו גדול מקטנה שיש לה יד לקבל גיטה וגם יכולה לעשות שליח בעידי דשייך בה ואפ"ה אין לה לעשות שליח לקבלה אף זה אע"ג שיש לו יד דהיינו יד השליח שעשה בעודו חלים. מ"מ הגירושין עתה נגמרו ובעינן דווקא עדים ואין מעידין על הקטן ועל השוטה שאין לו דעת:

ולפענ"ד ל"ע על הרמב"ם בזה דכיון דדעתו ז"ל דאין מעידין על הקטן ולכאורה ברור דכ"ש על השוטה ואם כן אמאי כתב כאן דהוא רק פסול מדרבנן כי רחוק בעיני לומר דכיון דיש עדים שעשה שליח בעודו חלים לא מקרי עדות על השוטה רק על הפקח. אם לא שנאמר כיון שאמר להם בעודו פקח כתבו ותנו דקי"ל אחד כותב ושנים חותמין ובחתימתן נעשה זה ספר כריתות והרי לדעת הרמב"ם וסיעתו עידי חתימה וגם עידי מסירה כרתי וס"ל דעידי חתימה בחתימתן נגמר זה להיות ספר כריתות (ולא מהורת עדי מסירה כמ"ש הר"ן בפרק המגרש רק בחתימתן) והרי בכל הגיטין כיון שאמר להם הבעל כתבו ותנו אין להעדים עוד עסק עם הבעל ולזה אע"פ שנשתטה א"כ מן התורה כשר הוא ולא שייך לומר אין מעידין על הקטן (וכמו שרצה לומר הפ"י בדף ס"ה) ולא על השוטה דחתימתן על הספר בליווי הבעל כאשר היה פקח משוי ליה ספר כריתות ובנתינה א"כ א"צ עדים לדעת הרמב"ם ולפ"ז לדעת ר"ת וסיעתו דס"ל דאפילו לר"מ דאמר עידי חתימה כרתי אפ"ה בעינן שני עדים אצל המסירה וכמבואר בתוס' ריש גיטין א"כ גם כי נאמר דהשליח שנעשה בעודו חלים קם תחת הבעל מ"מ הרי אין מעידין על הקטן וכן לדעת הר"ן סוף פרק המגרש גם להרי"ף דס"ל דאף ע"ה כרתי לר"א מ"מ כיון דמטעם מסירה מהני עדות על השוטה מקרי וממילא בהך דמעת שאני בעולם לא קשיא כיון דהא א"צ עדים שהרי כבר קיבלה הגט ונהי דהוא דלא כהירושלמי שהביא הרשב"א אבל איט ענין להיכא דהמסירה הוא בעת שטותו וזה שאמרנו הוא יתכן לדעת

הריא"ז אבל הרא"ש בתשובה דאפילו היה שפוי בעת הנתינה ושוטה בשעת הכתיבה אינו גט וזקוקה ליבם. וודאי צ"ל שיהיה שליחות השליח קיים בעת שטותו מפני שנעשה בהיותו חלים דא"כ על כל פנים בשעת כתיבה לא יגרום שטותו להיות בטל מן התורה:

ועכ"פ עוד לא נלאנו חבר לדעת הרמב"ם ויש לעיין לדעת הסוברים דהגט בטל באחזו קורדייקוס אם כתבו ונתנו בעודו קורדייקוס עדיין יש ספק בעתים חלים ועתים שוטה אשר ידענו בו שכן דרכו אם אמר כתבו ותנו כשהוא חלים וכתבו ונתנו כשהוא שוטה אם יהיה הגט בטל מ"ה דלכאורה י"ל לדעת החולקים על הב"י ואמרו דלר"י אין חילוק בין סמיא בידן לאין סמיא בידן הכל תלוי במחוסר מעשה דאם אינו מחוסר מעשה כישן דמי הרי זה שידענו שהוא עתים חלים עתים שוטה ממילא הוא שב לבוריה ואינו מחוסר מעשה והתוס' וכן הרא"ש קצת ביותר ביאור כתבו דצריך ליזהר בשכ"מ דחולה פעמים שדעתו מטורפת עליו ועתים חלים ועתים שוטה ואפילו לר"ל דמדמי קורדייקוס לישן היינו משום דסמיא בידן או שמא אפילו לר"י כישן דמי משום דלא מחוסר מעשה כי רגיל להתיישב ממילא וטוב ליזהר עכ"ל הרי משמע להדי' דבעתים חלים ועתים שוטה שידענו שדרכו לשוב מאליו לבוריו אין ראוי לפסול לר"י וכמ"ש הר"י לענין שכ"מ ובזה היה מקום לפרש דברי הירושלמי שהביאו הרשב"א והר"ן שכתבו הם ז"ל כי בהירושלמי החליפו ר"י ור"ל שיטתן ולהנ"ל יחדיו יהיו תמים התלמודים בעיקר הסברא לר"י ור"ל והנה כבר התעורר השואל בתשובת הרשב"א שהביא הב"י בסימן קכ"א לומר דהירושלמי פוסל ר"י בעתים חלים וכו' אלא שנראה מדברי השואל דפליגי בעת חלימותו והרשב"א חולק עליו (ולא מצאתי התשובה שלימה בתשובת הרשב"א אשר בידי כי קצרה המעתיק) ולולי דברי הראשונים היה נראה כך לומר דהנה בלא"ה דברי הירושלמי לפי פשוטן אין מובן להם במה שהקשה אהדדי פלוגתא דר"י ור"ל כאן במאי דפליגי בהפריש חטאתו ונשתטה אם נדחית חטאתו או לא דהרי מבואר וודאי בעודו שוטה אין שוחטין וזורקין עליו ולכך פליגי אם נדחית חטאתו א"כ וכן נמי בהמיר דפליגי אם נדחית חטאתו היינו אם שב א"כ ולהדיא מוכרח בר"פ אין בין המודר בסוגיא דכהנים שלוחא דרחמנא דאין מקריבין על השוטה רק קרבנות מחוסרי כפרה אבל שאר חטאות ואשמות צריכין דעת וא"כ מאי ענין פלוגתתן בחטאתו דמיירי לכאורה דווקא להקריבו אחרי שנתכפר לכאן דמיירי בעודן בשטותן לכך היה נראה לומר כי יש לכאורה הפרש בין התלמודים במהות אחזו קורדייקוס דלפי תלמודן סמיא בידן בישרא אגומרא וכו' אבל בירושלמי איתא לפני מחלוקת ר"י ור"ל אתא עובדא קמי דר' יוסי בחד ערקיי דהוי יהבין לה סומק גו אכים והוי לעי אכים גו סומק והוי לעי (ופירש הפ"מ כי הרפואות של חולי הזה לא הועילו לו) זהו קורדייקוס שאמרו חכמים וא"כ הביא הירושלמי ברייתא דעתים חלים וכו' כשהוא חלים הרי הוא כפקח לכל דבריו דאיתא בר"ה בתלמודן וא"כ מייתי פלוגתא דר"י ור"ל עכ"פ הרי לפנינו לפי הירושלמי מתני' מיירי בגוני שלא הועילו לו רפואות של חולי ההוא הנאמרות בתלמודן וא"ל דמיירי שעומד לעולם בשטותו דאם כן מאי שנא שאחזו קורדייקוס דנקט במתני' ולא קתני שוטה אע"כ דלפי הירושלמי אחזו קורדייקוס עתים יש לו שהוא שפוי וכמ"ש הרמב"ם בפירושו למתני' שהוא ממין חולי הנכפה וידוע שיש לו עתים לחולה ההוא אבל לפי תלמודן קורדייקוס סמיא בידן אבל לא ראינו שיהיו לו עתים שהוא שפוי ופליגי ר"י ור"ל דלר"י הכל תלוי במחוסר מעשה וכיון דקורדייקוס מחוסר מעשה ולא ישוב מאליו לדעתו כשוטה יחשב בין סמיא בידן בין אין סמיא בידן וממילא אם ידענו שהוא עתים חלים עתים שוטה ראויה לכתוב וליתן גט כשהוא שוטה והיינו דאמרינן בירושלמי דלר"י כותבין לאלתר כיון דלהירושלמי קורדייקוס גם לו עתים שהוא חלים כידוע ולר"ל אמרינן בבבלי כיון דסמיא בידן אימי חשוב כשוטה ולדידיה תלוי הכל דאם סמיא בידן כישן דמי וא"א קמי' בידן חשוב כשוטה אע"ג דאין מחוסר דלדידי' הכל תלוי בסמיא

בידן ולא במחוסר מעשה ולכך אמרו בירושלמי כיון דמיירי שם בקורדייקוס שאין רפואות מועילות לו ולכך אין כותבין בעודו קורדייקוס כיון דאין שניא בידן והיינו דמדמי בירושלמי פלוגתתן למחלוקתן בהפרים חטאתו ושחטה אם נדחית חטאתו דהיינו ודאי כשחזר ונתפקח מאליו דלר"י היה ראוי לומר דאין נדחית חטאתו כיון דמאליו שב לדעתו אגלי מילתא למפרע דאף בעודו שוטה כישן דמי כיון דלא מחוסר מעשה וחזר לדעתו מאליו ולר"ל היה ראוי לומר דנדחת חטאתו ולזה קאמר דבאמת צריך להפך מחלוקתן בהא דהפרים קרבן ונשתטה ומייתי ראייה מדאר"י דגוסס מזין דם חטאתו ואשמו והיינו כמ"ש דגוסס גם הוא עתים חלים ועתים מטורף ותליא לדבריו בפלוגתא דר"י ור"ל ושוב אמרו בירושלמי דללוב ומגוייד כיון דא"א שלא תטרף דעתו שעה אחת ואפ"ה תנן דכותבין בחזקתן ומשמע דאין צריך אפילו בדיקה א"כ מוכרח דאע"ג דאין שני' בידן כיון דלא מחוסר מעשה כישן דמי וזה תיובתא לר"ל ובדברים האלו החילוק בין התלמודים רק מה דמבואר להדיא בירושלמי דהיינו במהות הקורדייקוס לפי הירושלמי אין לו רפואה כמבואר שם להדיא ויש לו עתים שהוא חלים ולבבלי יש לו רפואה ומבלי רפואה הוא לעולם בשטות אבל בעיקר הסברות שוין התלמודן לר"י וראיתי שגם הפ"מ כתב שם דמשמע בירושלמי דדין עתים חלים ועתים שוטה שוה לדין אחזו קורדייקוס יע"ש ולפענ"ד לפי פירושו שכתב שם דיהבינן לי' שומק בגו אכים לעי' וכו' ופירוש הוא עצמו שלא הועילו רפואות וקאמר עלה זהו אחזו קורדייקוס שסכינו א"א לומר דרך אחר רק דהוא עתים חלים ועתים שוטה מדלא קתני שוטה סתם באשר תנן בכל מקום כיון דאין לו רפואה וכדאמרן אבל הראשוני' לא פירשו כן:

ומ"מ נראה נע"ד דהרמב"ם שכתב והי' רוח רעה מבעתו נוטה לזה דקורדייקוס דתנן עתים חלים ועתים שוטה וכן הוא לשון דרוח רעה מבעתו וכמו שאמרו לשאול המלך ע"ה רוח אלדים רעה מבעתך והרי הוא הי' חכם ודעתו עליו ברוב ימים וידוע שהרמב"ם ז"ל דרכו לנטות ביותר אחרי הירושלמי וכמ"ש מהרי"ק ז"ל בשורש ק' דאפילו במקום שאין תלמוד בבלי מוכיח כדברי הירושלמי אם לפי הבבלי פירוש במשנה או הברייתא' בשי נויא דהיקא ולפי הירושלמי אתי כפשוטו תופס לו שיטת הירושלמי וכ"ש לזה דאפשר גם לפי הבבלי קורדייקוס עתים שוטה ור"ל מדמי לי' לישן ואע"ג דישן אפשר להקיצו האי כמי שמי' בידן (ובזה חלוק מן הירושלמי) ור"י מדמה לי' לשוטה כיון דמחוסר מעשה אע"ג שהוא עתים חלים מ"מ אינו דומה לישן שאפשר להקיצו בכל עת מבלי מעשה והאי מחוסר מעשה דאם אין מאכילין אותו בשרא אגומרא וחמרא מרקא א"א להשיבו לדעתו בכל עת ולפ"ז גם להרמב"ם מי שהי' שפוי ואמר כתבו גט ותנו לאשתי ואח"כ נשתטה מדאורייתא אינו גט ולא אמר הרמב"ם דהוא מדרבנן פסול בלבד רק ברוח רעה מבעתו שדרכו להיות שהיא חלים עתים בוטה ולפי"ז אפשר דהריא"ז דאמר דאפילו ריח הגט אין בו ואינו פוסל מן הכהונה רק באחזו קורדייקוס לפי שהוא ז"ל סובר שאין לו עתים חלים אבל בעתים חלים אפשר דמודה להרמב"ם דאם אמר בשהוא חלים וכתבו בשהוא שוטה דפסול רק מדרבנן;

אבל תשובת הרא"ש שהביא הפרי חדש שם ס' כ' בפירוש דאם הי' דעתו מטורפת בשעת כתיבה ואפילו חזר דעתו עליו בשעת נתינה אינו גט וזקוקה ליבם ומבואר דאפילו חזר מאליו לדעתו אפ"ה אינו גט ובאמת צ"ע לפענ"ד כיון שהרא"ש בתשובה ההוא וכן בפסקיו הביא בשם הר"י דאולי אף לר' יוחנן כיון דמאליו שב לדעתו לאו מחוסר מעשה וכישן דמי ומוטב ליזהר בכ"ל הנה בהוא זהירות אבל איך אפשר שאינו גט. ואמת שכתב הרא"ש שם באותה תשובה וזה הש"מ נראה שתקיף עליו החולי תיבה והי' כמוי למות הלכך אפי' הי' שפוי בשעת נתינה כיון דבשעת כתיבה ותחימה הי' מטורף אינו גט וזקוקה ליבם ומשמע קלת מבוש דתקיף לי' עלמא מוצא אבל לא ידעתי הפרש לסברת

הר"י אליבא דר' יוחנן דכל ששב מאליו כישן דמי בין תקיף לי' או לא סוף סוף חזר הוא מאליו וכישן דמי לר"י ואולי לחומרא קאמר הרא"ש דאינו גט לענין זה שזקוקה ליבם ובעי חליצה אבל להתיבם אסורה אבל הפר"ח לא הבין כך ולכך שם הקשה על הרא"ש שכ' שיש עוד פסול בגט ההוא חתם סופר ועד והקשה הפר"ח איך כלל הרא"ש שני הפסולין דמפני חתם סופר ועד חוללת ואיכה מתיבמת ולדידי' דברי הרא"ש צל"ע:

עכ"פ כיון דפשטות דברי הרא"ש בתשובה משמע יודאי דגם בעתים חלים ועתים שיטה ואמר כשהוא חלים וכתבו כשהוא שוטה אינו גט וגם רבותינו האחרונים לא חלקו בזה אף בעתים חלים ועתים שוטה היא ספק מגורשת וכמ"ש הפר"ח ופשט' דמלתא דהך כשהיא חלים הרי הוא פקח לכל דבריו וכשהוא שוטה הרי הוא כשוטה לכל דבריו משמע כן דאין הפרש בינו לשוטה גמור בשום ענין ובתוס' משמע דעיקר ספיקו של הר"י בשכ"מ משום דדילמא תוכבא בעלמא הוא דנקיט לי' אבל ברא"ש בפסקיו ובתשובה אינו רק כמו שכתבתי והנה אם אפשר שימסור הבעל הגט ליד השליח בעת חלימותו והשליח ימסרנו ליד האשה ויזהיר האשה לבלתי תנשא עד שיתברר לה בב"ד כי הי' הבעל ביום הנתינה ודאי דעתו עליו בזה יש להסתפק אבל מדלא מלא הב"ח בתשובה הנ"ל תקנה כ"א ע"י שליח לקבלה משמע דאף זה לא יוכשר כי אולי ח"ו תלא תקלה ע"י כך שתשמוך עי"ז האשה ותנשא אחר קבלת הגט מבלי בירור וכתב הב"ח בתשובה ההוא כי הלבוש כתב לחשש זה לאסור שליח קבלה בזה"ז ואע"ג שהוא ז"ל השיג עליו מ"מ נראה דבזה מודה ויעויין בסי' קמ"א סעיף ח' בהגהה שם ובב"ש שם: דברי ידידו. הק' מאיר א"ש:

(שנית להרב הנ"ל על ענין הנ"ל).

יום ג' העבר הגיעוני אמרותיו השניות. והנה אם למעשה אנו דנין כבר גליתי דעתי כי בעיני ספק גירושין המה והמתיר ביולא בזה שאנו דנין עליו מתיר ספק ערוה וכי גם לדעת הרמב"ם עכ"פ הא התחזק איקורא ורבו הפוסקים כר' יוסי באתחזק אף בספק דרבנן אזלינן לחומרא אבל גם להפוסקים כר' יוסי כאן הוי ספק דאורייתא וכמ"ש הרא"ש בתשובה דאם אינו דעתו בשעת נתינה אינו גט וכבר העלו כן הפר"ח והג"פ בכל ענין הוי ספק גירושין ואף בשעת נתינת אין חילוק ומה אוסיף עוד לדינא:

ולמשא ומתן של הלכה אין פנאי ומעכ"ת כי' כ' תורה הירושלמי אכי צריך ידעתי שאינו כן ומ"מ לעלור במילין לגמרי א"א הנה עיקר ומגמתי בתשובת הרא"ש היתה כלפי מה שכתב הפר"ח שם דהרא"ש מתירו להתיבם יעו"ש ועי"ז כהבתי דא"ל כן דהרא"ש מתיר ליבם כי נראה מדברי הרא"ש כי עיקר ספיקו של הר"י כיון דלא התיר אף ר"ל רק משום דקמיא בידן אבל זה אין קמיא בידן לכ"ע פסול או דלמא כיון דרגיל דמאליו תשוב דעתו עליו כישן דמי ומוב ליזהר. והנה גם אם כאומר דטוב ליזהר על הסתם קאי אבל בידוע מודה הרא"ש דפסול מ"מ היינו מספק וכמ"ש דלמא כישן דמי וא"כ איך אפשר שיתירהו הרא"ש ליבם ומה ענין ספק דאורייתא לחומרא לכאן וע"ז כתבתי שדוחק לומר כיון דתקיף לי' עלמא טובא מגרע גרע דזה ודאי רחוק כין דעכ"פ שב אח"כ לדעתו ובגמ' לא מליכן רק הפרש בין שוטה וישן רק או משום דאינו מחוסר מעשה או משום דקמי' בידן הא כל שאין קמי' בידן ראוי לדמותו לשוטה אף אם לא יהי' תקיף לי' עלמא טובא ואם מפני שאינו מחוסר מעשה ככל אף אם תקיף לי' עלמא ראוי להקל ונראה דגם התוס' שכתב תוכבא בעלמא היינו משום דזה דרכו לשוב דעתו אליו ואחרי שכן דרך החולים אולי א"ל ליזהר ומעט שכ' הרא"ש בשם הר"י אבל כל שידענו ששב לו לדעתו איכנו רוא' לדעת הר"י שכ' הרא"ש מומר יותר בתקיף לי' עלמא כיון דאינו מחסר מעשה ופירש"י דמאליו הוא שב:

ויש סעד לזה ג"כ מסנהדרין דף מ"ז ע"א דאיתא שם דאמר ר"י בהמיר דכדהו הולרך לומר בנשתט' וחזר ונשתפה דכדהו משום דה"א כיון דממילא הוא כישן דמי וכתב שם רבינו יונה זללה"ה בחידושיו דאע"ג דתנן השולח חטאתו וכו' מקריבין אותו בחזקת שהוא קיים אולי גם שם מקריבין בשעה שאין דרך ב"א לישן ואף התוס' שם שכתב דלא ס"ד לדמותו לישן רק לאחר שנשתפה היינו משום דדחיקא לה לפרושי הכי וס"ל דבשטותו וודאי דאין מקריבין דמי יודע אם ישוב אליו לדעתו וה"ע לפי האמת דאמרינן דלר"י דכדהו כיון דלא היה אפשר להקריבו בעודו שוטה מטעם זה (ובזה חלוק תלמודן לפי פירושי עם הירושלמי) אבל כל שידענו שדרכו כן אפשר דמודה ר"י דכישן דמי זהו ספיקו של הר"י:

ובזה רליתי לומר למעט המחלוקת דאף הרמב"ם דס"ל דפסול רק מדרבנן היינו בידענו דדרכו בכך וכמ"ש רוח רעה מבעתו ובזה כתב דהוי פסול מדרבנן אבל פקח שאמר כתבו ותנו גט ונשתטה מודה הרמב"ם להריא"ז והרא"ש דאינו גט ולא מהני מה שלוה בעודו בריא כמ"ש האחרונים לדעתו ולפענ"ד זה קרוב מאוד לדעת הרמב"ם ומ"ש מעכ"ת כי' דממקומו הוא מוכרע וכו' שאין כאן הכרע כמלא נימא כיון דלדעת המתרץ פשוט דדעתא לילותא יש לו וכמ"ש הכי השתא וכו' איך יאמר שאינו לדעתו ובפרט אם כאמר דהי' לריך בדיקה:

(חסר סוף התשובה.)

סימן נז

בענין כפיית מומר לגרש. והנה הרב בש"ע אה"ע סי' קנ"ד הבי' שני דעות אם כופין דעת הגהות מיימוני בשם הר"ס דאין כופין ודעת המרדכי וא"ח הביאו הב"י סי' קל"ד וכן כתוב הגהות מיימוני פ"ב מהל' גירושין דכופין להוליא והייט בשוטים כמבואר ויש לעיין במה שכתב הגהות מיימוני בשם מהר"ס דאין כופין אותו להוליא וטעמא דטב למיתב טן דו וכו' דהרי המרדכי פרק החולץ הביא ראי' לדעת הגאונים דמומר אינו זוקק ליבום מהא דאמרינן דיבמה שנפלו לפני מוכה שחין תיפוק לי' בלא חלילה ומשום טב למיתב טן דו ובמומר לא שייך. הרי גם מהר"ס עלמו סובר דבמומר לא שייך טב למיתב טן דו ואף הגאונים החולקים לא מבעי' המתירים איכא למימר אפשר דמודי' ופליגי התוס' היינו משום דכיון דהבעל אינו מומר מכנסת עלמ' לספק אבל וודאי דשייך טב למיתב טן דו וכמ"ש התרומת הדשן בסי' רל"ז שהביא הגהות מיימוני ראי' מדלא מנה רשע בהדי הנך דכופין איכא למימר כמ"ש התוס' בפ' המדיר דלא קחשיב אלא הנך דכופין אף שאינן מחמת פשיעותו לא הנך דמחמת פשיעתו כופין ומכ"ש לדעת הר"ר אברהם שהביא המרדכי ותרומת הדשן דלכך אפילו חלילה לא בעו משום דבמקום ערוה קיימו דקנאין פוגעין בה וודאי לא קשיא דאמאי לא קתני דהרי פסולי דאורייתא (ואפי' לא יהי' אלא איסור דרבנן ל"ק אמאי לא קחשיב כמו דלא חשיב שניות ודברי התרומת הדשן בסימן רכ"ג לא הבינותי שכ' ח"ל אתמהה דאם ערוה היא יהי' הוולד ממנו ממזר והא ק"ל דאפילו מגוי הוולד כשר אלמא לא מדמינן להו לעריות בכל דיניהם וה"ה לענין פטור יבום וחלילה והכי תלת מילי וולד ממזר ופטורי חלילה ויבום וקידושין תופסין כהדדי עכ"ל. אלו הדברים לא זכיתי להבינם כלל דמה שכתב דאם ערוה הוה הי' לו להיות הוולד ממזר ואפילו מגוי הוולד כשר ומשמע מדבריו דבגוי כמי מהאין הוולד ממזר היינו בכלל ערוה וא"כ אפילו בא"א לא יהיה בכלל ערוה הוא כמעט לנגד כל הפוסקים כמבואר בתוס' ודרא"ש כתובות דף ג' ע"ב ד"ה ולידרוש ותוס' סוטה דף כ"ו ע"ב ד"ה אבל ובר"ן פ' כ"ש גם מה שכתב דאם אין הוולד ממזר ממילא זקוקה ליבום לא ידעתי היכן מוכח כן הרי סוטה לרב משום דכתיב בה טומאה כעריות פוטרת לרתה אע"ג דאין הוולד ממזר ואפי' קידושין תופסין בה וכן ר"י לא פליג אמתני' מיהו הא משמע מדברי ראשונים הנ"ל ובפרט מדברי הר"ן פ' כ"ש דביאת גוי דנפטי' לא מיקרי גילוי עריות ונסתר דינו של הר"ר אברהם

אבל למדנו מדבריו דמדמי מומר בביאתו לגוי ובזה לא מליכו מחלוקת וא"כ עכ"פ מדרבנן מגזירת ב"ד של שם אסור ולא קשי' אמאי לא חשיב בהדי הכי דכופין מומר כמו דלא חשוב שניות וכיון דרוב הפוסקים חולקי' ומהר"ס שכתבו משמו דכופין גם הוא לא ברירא לי' והי' נראה לכאורה דלא שבקינן וודאין של רוב הפוסקים מפני חומרת מהר"ס שגם הוא להלכה לא סבר לי' ובפרט אם כלרף דעת הרמב"ם שמשמע מדבריו דע"י ישראל שלא כדין אינו פסול משמע מדרבנן דע"י ישראל גוער ומגרש ואולם לכאור' מדברי הרמב"ם משמע דאין לכוף את המומר שהרי כתב בפ"ב ה"ל כ' וז"ל לפיכך זה שאינו רולה לגרש מאחר שהוא רולה להיות מישראל ורולה הוא לעשות כל המלות וכו' הרי גרש לרלונו עכ"ל וזה יתכן בשאר בעל עבירות אבל מומר שילא מן הכלל ואינו רולה להיות בכלל ישראל לכאורה אפילו היתה הכפי' כדין אין יכולת בידינו לכופו ורואיתי למהרי"ק הביאו הב"י בסי' קל"ד שכ' וז"ל ואשר דקדקת מלשון ר"מ בענין כפיית המומרים לגרש יפה דקדקת ולכאורה אין תקנה לאשת מומר לפ"ז ואולי דכה"ג סבר ר"מ דאפקעינהו לרבנן לקידושין ע"י גט זה שנותן המומר בכפיי' עכ"ל ואולי כיוון לזה אך דחייתו קשה בעיני להוליא מעלמינו הפקעת קידושין ועוד לדבריו יסבור הרמב"ם דאשת מומר אחר גירושין בכפיי' אם נתקדשה לקרובי' מומר תפסו בה קידושין ואולי אפשר לומר דהר כתבו התוס' בב"ב דף מ"ח דא"ל דגט לכך דמי לתלוי' וזבין משום שאר כסות ועונה דא"כ אפילו שלא כדין כמי וכ"כ הש"מ בב"ב שם בשם הרשב"א דמשום שאר כסות ועונה לא חישבו תלוי' וזבין ולריך להבין באמת טעמא מאי לא חשיב רבנן ואפשר לומר דהרי כנגדם גם היא מחוייבת חיובי אשה לבעל' לכך לא מיקרי זבין שנותן גט למיפטר מחוייבים ולפ"ז במומר לא לריכין למימר אפקעינן לרבנן לקידושין מיני' רק דפטרו לאשה מכל חיובים ובפרט הכך דמשום איבה וממילא תלוה וזבין מקרי עכ"פ מדברי מהרי"ק יש ללמוד שמנהג פשוט בימיו לכפות המומרים שאם לא היו כופין חשב דאין תקנה לאשת מומר והכהו עובדא שהביא בעל תה"ד בסי' רל"ז שאדוהו למומר לגרש אולי לא היתה ידם תקיפה לכפותו והדבר לריך תלמוד:

[ויעויין ב"הם חשאה"ע סימן ס':]

סימן נח

בעזה"י אור ליום ה' ח"י כסליו תר"ב לפ"ק אוגוואר יע"א

ישאו הרים שלום חיים וברכה עד עולם לכבוד הרב המאה"ג המופלא ומופלג מוה' משה כי' אב"ד דק"ק קרעקעוהר יע"א:

הגיעוני מכתבו ואשר דרש מעלתו על מה אין אני מתעורר לכתוב בהרשאת שליח להולכה בסוף ואם"ר רלוי"כו ושמעכ"ו וכעס"ה כי כן כמלא שהגיה הגאון תוספת יו"ט בהגהותיו לטור אה"ע לכתוב ג"כ ושמעכ"ו וכ' מעכ"ת כי' שסבר היה כוהג לכתוב כן רק שחשש אולי יש בזה מולא לעז על הראשונים. פשוט לפענ"ד דאין בכתיבת ושמעכו אם כתבו משום הולאת לעז כלל אחרי כי כל אחד יכול לכתוב ההרשאה כלחות לשונו ואין בו תקנת חז"ל כלל וכמ"ש הב"י בסי' קמ"א והעתיקו הרמ"א בהגהה סוף סעיף למ"ד יעי"ז וגם התה"ד שכ' שלא להוסיף על הנוסח שכ' בסמ"ק הרי ביאור הטעם משום דאי ומפשת לדיבורא אתי למגזיי וכמו שהעתיק הב"י בשמו אבל לעז הראשונים אין כאן אף לתה"ד והתוס' יו"ט שהגי' לכתוב ושמענו הרי לא חשש לומר דיש בזה משום הולאת לעז על הראשונים באופן שאם רלה לכתבו יכול לכותבו:

ואולם גם הכותב כפי מה שהועתק באחרונים ז"ל ומ"ש שרלוי"כו וכעס"ה לפכיכ"ו וכ' ולא כתב ושמעכו ג"כ לא משתבש דוודאי אף להתוי"ט לא אמרו לעכב ומה שכראה מדברי מעכ"ת כי' שחשש התוי"ט דאם לא יכתוב ושמעכ"ו כראה אין מעידים רק על מה בראו וכעשו לפכיהם לא על מה ששמעו כראה דאין לחוש לכך דהרי כותבין בהרשאה בפכינו מסר הבעל

וכתב

וכו' לפנינו אמר הבעל הולך גט לאשתי וכו' הרי כתבו בפירוש וא"כ כל מה שמחזיר אח"כ ומה שראינו ונעשה לפנינו רק הוא שופרא דשטרא שמחזיר בסופו ואינו מעכב כלל והתוי"ט רק מפני צחות לשונו כתב כן ויתכן ג"כ לפרש מה שנעשה לפנינו דהוי כמו מה שנהי' לפנינו וכמ"ש מעכ"ת נ"י דהוי כמו בלעז (געשעהען). וכן לפענ"ד כמה פעמים בכתוב נעשה שאינו מורה על עשיי' דוקא כמו אשר לא נעשה פתגם וגו' בקהלת וכיוצא בהם ומ"ש מעלתו נ"י דא"כ שראינו מיותר שופרא דלישנא דשטרא הוי משום דלפנינו או בפנינו אינו מוכרח שראו דהרי מצי למימר בפני נכתב אפי' הוא בבית וסופר בעלי' ולא שמע רק קן קולמסא וקן מגילתא מצי אמר בפני נכתב. ורק לענין חתימת העדים הב"י בסי' קמ"ח ס"ק למ"ד דלא סגי בקן קולמסא. ונראה לפענ"ד הטעם כיון דלדידן בפני נחתם היינו משום קיום ואין החתימה מתקיימת אם לא ראה שחתם דאע"ג דשמע קול החתימה אולי אחר חתם. וכ"מ באותה מדינה במדה"י דמדין התלמוד א"צ לומר בפנינו משום קיום ולרבה דבעי לשמה צריך לומר בפ"נ הוי סגי גם בחתימה שמיעת קן קולמסא ובזה יש ליישב קושי' הב"י שם וא"כ"מ. עכ"פ הרי מבואר דרק על מה ששמע יכול לומר בפני נכתב וא"כ במה שכותבין מה שנעשה לפנינו אין הוכחה שראו ממש ולפ"ז שבאו לומר כי ראו ממש ולא שמיעה בלבד לכך כותבין מה שראי"נו נעש"ה בפנינו ולעולם אין פירוש נעשה מעשה בלבד רק מה שנהי' בפנינו ועכ"פ אין קפידא איך שכותב אם מחסר מילת ושמענ"ו הנהו כותב בכל טופסי הרשאות שמובא בטור ובאחרונים ופירושו כמו שאמרנו ואם מפני חיבת הקודש של הגאון תוי"ט חפץ לכתוב ושמענ"ו אין בזה משום הוצאות לעז כיון שכל אחד יכול לכתוב בצחות לשונו. משוש ל' יחבא ולא יאונה לו כל און רק חיים ושלום וכל טוב כחפצו וחפץ ידידו. הק' מאיר א"ש:

סימן נט

ישפות ד' שלום לכבוד ידיד ה' הרב החרוץ המופלא ומופלג תמים דעים ירא ושלם כקש"ת מוה' דוד נ"י:

ידידי' בבוא מכתבו הראשון הי' לבי דוי כל היום יאמין לי כי כפוגותי ונדכתי לכתוב להקל בענין חמור כזה אשר הי' מקום לחוש מאד כי חזר בו העד מקלות דעתו ורוע לבבו. עוד לא נרפאתי והנה בא מכתבו זה גם הוא בדבר ערוה ותהי' כי מגנת לב מחדש כי כשל כח הסבל שיבא מכשורות האלה ירא אנכי פן ח"ו כפים. מען יענני ליום כסה מה זה לו להרב המסדר לשבת לסדר גט בע"ש וע"י סופר כמהר אשר בשבע יפול בבור הטעות ולתת אח"כ גט אשר מ"ס דלעל"ס נכתב על המחק ביני שטין לכתחלה. והנה כבר הסכימו האחרונים להקל בדיעבד באלה ואולם מעכ"ת נ"י חשש בזה הגט להיות כי הגט ההוא אשר ניתן להאשה הוא הי' הראשון שכתבו הסופר ולא כתב מ"ס דלעל"ס וסלקוהו להגט ההוא ומפני זה וכתב אח"כ ששה גיטין וכולם נפסלו עד כי ראה המסדר ולרופיו כי הראשון משובח וחזרו ולקחו הגט ההוא (אשר אין א' זולתו הסופר כתב המ"ס דלעלם כבר ומחקו המ"ס ההיא) והסופר כ' המ"ס ובזה גירש הבעל וע"ז כתב מעכ"ת נ"י כיון דלדעתו א"א לבעל לצוות לכתוב לו כמה גיטין דא"כ אינה עומדות לגרש בא' מהן ולכן אין הבעל מצוה רק על אחד ורק אם יפסול יכתבו גט שני ואחר שכבר הסכימו לפסול את הגט הראשון ובטלו שליחותן א"א ליתן עוד לעולם:

הנה מדברי גדולי אחרונים בעל ג"פ בסי' קכ"ב וכן הגאון מליסא בספרו תורת גיטין מבואר בדבריהם כי הבעל יכול לצוות לכתוב לו כמה גיטין וכולם כשרים להתגרש באיזה שירצה ולפענ"ד משמע כן מהא דאיתא בפ' התקבל רתבו כל תרי מכנון וכן פסקו כל הפוסקים דאם אומ' לרבי' כתבו שיאמר כל תרי מנכון יכתוב ומשמע דאם יעשו כן כשרים לגרש באיזה מתרי שכתבו והתוס' בסוטה וכ"מ בתוס' סוטה דף י"ח ע"א בסוף ד"ה כתבו שכתבו וז"ל וה"ה אם כתב לה שתי מגלות ומחקו לתוך כוס אחד וכן גבי גט אם נתן לה שני גיטין אע"ג דכל חד וחד שלם הוא וספר אחד בפני עצמו ולא מיגרשא בתרוי' משום ב' וג' ספרים וכו' ואם א"א לכתוב שני גיטין לשמה ולגרש בא' מהן א"כ או יהי' שני הגיטין פסולים משעת הכתיבה או עכ"פ אחד מהם ולא משכחת שיפסול בשעת הכתיבה מפני שני ספרים כי ברור שאם אחד מהם פסול דליכא בי' משום שני ספרים כלל ומינה שכתב הב"י בסי' ק"ב אין סתירה לזה כמובן:

ובאמת צ"ע לדעת התוס' אמאי לא פסול בשעת כתיבה משום שני ספרים דאמאי פסלו בנתינה דכתיב כתב ונתן בידה וע"כ משום דקאי על ספר כריתות שלפניו א"כ לכאורה כ"ש דקאי על וכתב לה וכאומר שיכתוב אחד ולא שני ספרים ואם משום דאין כותבין כא' בזאח"ז א"כ עכ"פ במצוה לשני סופרים יפסול אם יכתבו כאחד וצ"ל דאם אינו נותן אלא האחד א"כ השני כמאן דליתא דמי ומסתבר להתוס' דעיקר קפידא הוא רק על הכתיבה בלבד ולא שייך כלל על הכתיבה שני ספרים אם האחד שלם וכשר אע"ג דגם השני כשר כיון שאינכו נתנו לו ועכ"פ נראה מדברי תוס' הללו כדברי הפוסקים הנ"ל דיוכל לכתוב שני גיטין ולגרש בא' מהן וע"כ צריך לומר דדוקא כשהסופר כותב מבלי ציווי בעל ובאנו להכשירו משום כיון דזיכתה סתמא לגירושין קאי ע"ז כתבו התוס' ברים זבחים דהרי לאו לגרש בגט זה עומדות אבל כשהבעל מצוה לכתוב לגרש את אשתו הרי הוא לשמה אפילו כותב מאה גיטין כולם לשמה נינהו כי במצות הבעל נעשו וסברא זו דלגרש בגט זה לא מהני רק לפסול סתמא בלבד ובאמת כתב שם הג"פ דכשהבעל מצוה לכתוב עד מאה גיטין אין חשש בבירה כלל דכולהו הכך מאה גיטין נכתבו בציווי בעל אך לכתחלה חוששין קצת כשהבעל בעיר דחוזר ומצוה כל פעם לעדים ולסופר עכ"ל בקיצור וע"ש בסוף ס"ק הי"ת:

ואולם מה שחשש מעכ"ת נ"י דכיון שגילו דעתם דאינם רוצים להיות עוד שלוחים על גט זה אלא על גט אחר דכבר פסלו גט זה כמלא שלא נכתב הראשון בציווי הבעל זה אף לפ"ד אינו מוכרח דהא וודאי אם כתבו העדים גט כשר א"א להם לבטלו דאחרי שעשו שליחות' אין בידם לחזור משליחות' ולא שמענו בטול לגט רק ע"י הבעל ולא ע"י סופר ועדים שעשו שליחותן ובוודאי כוונת מעלתו נ"י מפני דהבעל אמר עד שיהיה כשר לדעת הרב וע"כ זה שלא היה כשר לדעתו והתחילו לכתוב אחר הרי לדעתו הראשון פסול ולא צוה עליו הבעל אבל זה אינו מוכרח דהראשון לא הי' פסול לדעתו רק שהיה רוצה לכתחלה לכתוב גט ע"צ היותר טוב ומן הסתם חזר הבעל וצוה מחדש על הגיטין האחרים ואח"כ שלא עלה בידו ראה לבחור בגט הראשון שהוא כשר לדעתו אחרי שכבר נכתב:

והנה היה ראוי לחוש בגט זה עוד דכיון דמן הסתם בגיטין שכתבו אח"כ חזר הבעל וצוה מחדש לכתוב לו גט אחר וא"כ נראה כמבטל הראשון וכן חשש מהרא"כ"ח הביא בג"פ בסימן קכ"ט סעיף קטן כ"ח בנותן שני גיטין בזאח"ז מפני הספק דנראה כמבטל הראשון כמו שחששו במומר המגרש ע"י שליח שיעשה הזיכוי תחלה ואח"כ השליח להולכה דאם נעשה תחלה השליח להולכה ואח"כ הזיכוי יתבטל שליחות להולכה וכתב שם דאע"ג דהר"ש הלוי קרא ערער על זה דגט ש"מ לא דמי לגט מומר דהתם הביטול נראה לעינים דמעשה זיכוי מבטל השליחות להולכה מה שאין כן בנותן שני גיטין מחמת ספק וכתב הג"פ דהרב מהרא"כ"ח כבר ראה חולשת ראייתו באופן אחר דשאני התם דחוזר ולוקח הגט מיד השליח ואף עפ"כ חשש קצת משום דנראה כמבטל מעשה הגט עכ"ל בקיצור וא"כ בנידון גט זה דהבעל בוודאי חושב שהראשון פסול ולכך הוא חוזר ומצוה והיה ראוי לחוש דנראה יותר כמבטל הגט וכ"ש אם לא צוה הבעל מחדש לתקן המ"ס דלעלם היה ראוי לחוש יותר לכך כמובן:

אבל מה נעשה וכבר ניתן הגט ויצא עליה שם מגורשת בכל הגליל ההוא וגם קשה להשיג גט אחר כמ"ש מעכ"ת כי' ויש לצדד ולהקל דכל מה שעשה הבעל לצוות על גט אחר לא הוי אלא גילוי דעתא דקי"ל דלאו מלתא היא וכמ"ש המרדכי ריש פרק השולח (הובא בטוש"ע בסי' קמ"א סעיף מ"ד) בשם תשובת רש"י דאשה שעשתה שליח לקבלה וחזרה ועשתה שליח לקבלה אחר דאין השני מבטל את הראשון ואחד מן הטעמים משום דלא הוי רק גילוי דעתא בגיטא דקי"ל דלאו מלתא היא וכ"כ הרמ"א בסימן קמ"א סעיף ס"ב דאם אמר לשליח החזר לי גט זה ואני נותן לך גט אחר אינו אלא גילוי דעת ואינו בטל ועיין במהרי"ק שורש ע"ו :

ובענין שם העיר אשר יש כמה עירות ששמם כך וחידש המסדר לכתוב בגיטין הסמוכה לאלבערט גם בזה יש להפליא על כי הגיס דעתו בהוראה מה שלא מצינו כלל בדברי הפוסקים רק על הנהר או על הים בארות ומעינות לא גלת ואפשר להיות שחששו אולי יחסר מן כמ"ש מעכ"ת וכן לשון סמיכה לשון כלעג כי שייך סמוכה על מה שהיא תוך מיל כמו שמבואר ריש מגילה סמוך אעפ"י שאינו נראה וכמה מיל (יעוין בא"ח סימן תרפ"ח ובמ"א סעיף קטן ג') ולפ"ז מה שפירש רש"י בסוכה דף כ"ו ע"ב דמצי כוצי לפומבדיתא הוי שתי פרסי ובגיטין פירש"י על הא דאיתא שם דף ד' ע"א דאמר אביי לדידי חזי לי האי אתרא והוי כמצי כוצי לפומבדיתא דהיינו כפר לודים ללוד דהוי מובלעת רחוק מלוד כמצי כוצי לפומבדיתא כשמע דכפר לודים דהוי מובלעות רחוק שתי פרסאות מלוד ותמלא רקם וחגר דקרא סמוכות רחוק יותר ועכ"פ שוה אלא שזה מובלע וכמו שפירש רש"י וזה אינו מובלע ולפ"ז הא דאמר במגילה מיל היינו התם לענין מגילה לא מיקרי סמוך יותר ממיל אבל מ"מ שייך לשון סמוך גם ביותר ממיל ויותר היה לו לכתוב אשר בצד אלבערט וכדאיתא ביבמות דף קט"ו בצד קלוניא מתא אנדרוליכאי נהרדעא. והתם קלוניא הוי מקום עמידתו ונהרדעאי מקום דירתו. גם אם כותבין הסמוכה לאלבערט לא ידעתי למה לא יכתבו למתא אלבערט כי אלבערט שכיח יותר לקרות לשם אנשי המונות ומאשר נקרא לשם עיר. אבל מה שכותבין בלשון הקודש אין קפידא כ"כ כמו שהאריכו הגאונים בתשובת הרמ"א כידוע גם מה שמאריך לכתוב דמתקריא וכו' האריכות אינו מפסיד ומדלא קרא מעלתו ערעור על שם הנכרים שלא היה ראוי להכתב בשי"ן רק בזיי"ן או בסמ"ך לפמ"ש כרשם בבי' דואר על המכתב מכלל דידע מעכ"ת כי' כי כן הברתה בשי"ן גם בלשונם. והנה באמת לא נלאתי שם בשמות אנשים ונשים ועיירות שסיימו בעיי"ן רק שם אר"לע שהביא הח"מ בא"הע בסימן קכ"ח זולת זה נכתבים כולם או בא"לף או בה"י או ביו"ד ומכל מקום מן הסתם ידוע ומפורסים שכותבין ישראל שם העיר בעיי"ן בסוף ויהיה להרב את אשר לו כי אחרי אשר כבר עשה בוודאי יהיה קשה למונעו. ה' בחסדו יצילנו משגיאות ויאיר עינינו בתורתו וישמחנו במהרה בישועתו דברי ידידו שוחר טובתו: הקטן מאיר א"ש

סימן ס

בעזה"י יום ד' יו"ד שבט שנת בי תמכה ימינך לפ"ק אונגוואר יע"א :

ישאו הרים שלום. חיים וברכה עד עולם. לכבוד ידיד ה' וידיד נפשי הרב המאה"ג הגאון המהולל ונודע בשערים. סיני ועוקר הרים. מדברו נאוה כי דובר מישרים. כקש"ת מוה"רר אברהם וועכסלר כי' האבדק"ק שוואבאך והגליל יע"א :

אשר דרש הדר"ג כי' אודות אשה אחת משוכה וזרה בדעות מאבדת ממון בעלה ומוכרת כלי הבית בחצי הדמים עד כי גם הנוצות מהכרים שמנה ותמכור ויאמרו אנשים כשרים להדר"ג כי' כי גם כן חשודים על איסורים לזאת נכון הדבר שיגרשנה בעלה עד כי גם קרוביה אמרו כן להדר"ג כי' וכאשר דבר עם הבעל לא נגמר הדבר מפני חולי האשה ובשובה לאיתנה דברו אבי האשה ואחיה עם הבעל אודות הגט ונתפשרו על פי בוררים בזב"לא וכו' על אודות הנדוניא ותוספות כתובה ונכתב ונחתם הכל באר היטב וגם העלו הדברים בערכאותיהם ויבקשו רשיון על הגט וניתן להם וקבעו מועד על הגירושין ותקח האשה מכל מה שהכניסה מכלי הבית ותכשיטיה ותלך לבית אביה אבל אח"כ לבשה האשה וקרוביה רוח אחרת וימאנו לבוא ליום מועד אשר הוקבע לגירושין כי נודע להם מעושר הבעל ויקריבו תעלומותיהם לפני הערכאות לבטל הפשר ונשתהה הדבר כמשלש שנים ומקרוב יצא דבר המשפט כי האשה חייבת לקיים את אשר קבלה על נפשה ותבוא הפקודה להדר"ג כי' כי יסדר הגט כדמו"י והשיב הדר"ג כי' כי תחילה יבואו האיש והאשה לפניו ולפקח על עניניהם והיתה מגמת פני כבודו כי' לראות אולי אפשר לקרב וגם לחקור היטב אם הדין נותן לכוף את האשה לקבל הגט. והנה הבעל בא למועד אשר אמר הדר"ג וידבר כת"ר כי' על לבו לקרב את אשתו ויען כי לא אפשר לו כלל כי מלבד דעותיה הזרות והמגונות עוד נודע לו כי שמשתו נדה פעם אחת וגם האכילתו בשר שלא נמלח אבל האשה התרה כת"ר שתבוא לפניו ולא באה וישם הדר"ג כי' על לבו לעיין במשפט האשה אם הדין לכופה ודעתו הרמה נוטה שיש לכוף אותה וטעמו ונימוקו מבואר בתשובתו ואבוא לישא וליתן קצת בדברי קדשו ואת אשר יבחר יקרב :

ונעיין תחלה אם יש בנידון זה איסור תורה ודעתו הרמה שאין כאן איסור תורה כי אין בחרמי ציבור איסור תורה ולא כדברי הנודע ביהודה בקמא חא"ע סימן ע"ז שדקדק מדברי הר"ן בתשובה דהוי איסור תורה לעבור על חרמי הקהל והדר"ג כי' דחה דקדוקו והאמת שאין דקדוקו כדאי לחדש כן ושם בתשובה שלפניו הביא הנו"ב ראיה מתשובת הרשב"א סימן תקל"א דהוי דאורייתא גם הרמ"א בי"ד סימן של"ד בד"מ כתב שמשמע מתשובת הרשב"א סימן תקל"א דחרם דאורייתא וגם זה יש לדחות כי י"ל דעיקר דברי הרשב"א היינו משום שבועה שהזכיר וכן ארור לשון שבועה הוא. והיינו אותן שקבלו עליהם ולא לאחרים וכל שכן לדורות הבאים ובא"ג מתשובת רשב"א סימן תי"א השבועה והחרם שהם מדברי תורה חלה על דברי סופרים וגם בזה יתכן דמלבד קבלה קאמר הרשב"א דהוי דבר תורה אלא שכתב דאפילו שתקו והמחרימין מיעוטו של הקהל חייבין לנהוג כן אחרי שלא מיחו ושתקו. וזה לכאורה מלבד חרם כי מדין שבועה צריך עכ"פ לענות אמן כמבואר ספ"ג דשבועות והדר"ג כי' כתב דמדברי הרא"ש בתשובה כלל ז' סימן ע' מבואר דאין חרמי ציבור רק גזירות בלבד ומשמע דאין שם רק איסור בעלמא ושכן משמע מדברי סמ"ע בשם אגודה דמועל בחרמות ותקנות הקהל לא מפסל לעדות וכמ"ש הסמ"ע בסימן ל"ד סעיף קטן יו"ד אלו דברי כת"ר כי'. הנה הרמב"ן במשפטי החרם הנדפסים במיוחסת לו כתב דאם ב"ד גזרו בחרם על העובר על דבריהם דבר זה מתורת מרע"ה לא למדנו עד שבאנו לדברי קבלה והביא שם הרמב"ן ג"כ מחרם יהושע ופלגש בגבעה וחרם שאול ויונתן וכתב שם שאם מקל ראשו בדברים האסורים לו גורם רעה לעצמו ועובר על דברי תורה. וכתב הריב"ש בתשובה סימן קע"ג דלדברי הרמב"ן ז"ל הנך אבעיין דריש פרק ג' דמו"ק ופסקו הרי"ף לקולא לדעת הרמב"ן במוחרם אזלינן לחומרא דס"ל להרמב"ן דהוי דאורייתא ואזלינן לחומרא בספיקו וכמ"ש הריב"ש וצריך לומר דגמרא גמירא להו עד דאתי אליהו ואם כן אפשר דאף הרא"ש בתשובה כיון שהביא הוא ז"ל גם כן חרם דיהושע ושאול ויונתן אפשר דס"ל דהוי דאורייתא וכמ"ש הרמב"ן ולא בא הרא"ש רק שאינן צריכין יחיד מומחה או שלשה הדיוטות רק כיון שאינן רק גזירות יכולין הם לחזור בעצמן ולהתיר מה שגזרו וכמ"ש הרמב"ן ג"כ במשפט החרם. ואולם הריב"ש שם כתב דנראה דעת הרמב"ם שאין לחלק בין מנודה למוחרם ובתרוויי' אזלינן לקולא בספק גם הד"מ כתב בפשיטות

בשם מהרמ"פ מדהקילו הרי"ף והרמב"ם במנודה בהכך אבעיי דפ"ג דמ"ק ולא כתבו לחלק בין מוחרם למנודה דאזלינן במוחרם לחומרא מכלל דס"ל דחרם הוי מדרבנן (כלל מהרמ"פ הרי"ף עם הרמב"ם ולא נשמע כן מדברי הריב"ש) והד"מ כתב שכן נראה מדברי מהמ"ק. ולפענ"ד אין הכרח דאיכא למימר דפשיטא ליה למהרי"ק דמהר"ם סג"ל לא היה יכול להחרים לנפשיה רק לנדות :

ובי"ד סימן רי"ח בטו"ז סעיף קטן ד' ובש"ך סעיף קטן ג' מבואר שם בשם תה"ד ומהרש"ל דחרם איסור תורה והולכין בספק איבעי דפ"ק דאזלינן לחומרא והט"ז הוסיף שם ובסימן רכ"ח סעיף קטן מ"ב דאפילו תקנת הקהל שלא בחרם כל שהוא למגדר מילתא הוי דאורייתא משום ושמרתם את משמרתי עשו משמרת למשמרתי ונראה מדבריו דהולכין בספיקו להחמיר ואין השבועה חלה לבטל אלא השבועה בטילה שכ"כ הטו"ז לייסב ,בזה דברי המרדכי בשבועות. ולפענ"ד דבריו ז"ל תמוהין בזה וכי עדיף תקנת הקהל למגדר מלתא מדברי חז"ל וגזירותיהן שהן כולן למגדר מלתא ואפ"ה הן דרבנן וקרא דושמרתם את משמרתי מסקינן ביבמות דף כ"א ע"א דלא הוי אלא אסמכתא בעלמא . ואולם דברי הט"ז לדעת הרמב"ם בספר המצות ובפ"א מהלכות ממרים שכל מה שתקנו וגזרו חז"ל הם בכלל לאו דלא תסור וכתב הרמב"ן שם בהשגותיו דצריך לומר לדעתו הא דמקילין בכמה דברים בדברי סופרים משום דכן היה דעתם להקל כדברים אלו דגזירותיהם להפריש בין איסוריהם לאיסור תורה וכ"כ שם מהר"י דילאון במג"א וכ"כ שם בשם הרשב"ץ לדעת הרמב"ם וס"ל להט"ז דתקנות הקהל גם כן כח גזירות חז"ל יש להם וכמ"ש בפירוש הט"ז דאסורים מדאורייתא ודווקא חז"ל שידענו שהתנו להקל בדבריהם יש לנו מן הסתם להקל. אבל תקנת הקהל למגדר מלתא כיון שהם דאורייתא אין לנו בשום אופן להקל בד"ת עד שיפרשו הקהל. אבל לפענ"ד הדברים רחוקים אף לדעת הרמב"ם דאיפכא נראה דמן הסתם לא יחמירו הקהל בגזירותיהם למגדר מלתא יותר ממה שהחמירו חז"ל בגזירותיהם. ובזה היה מקום לומר דאין מחלוקת בין הרמב"ם להרמב"ן בדין החרם דגם הרמב"ם ס"ל דהוי דאורייתא רק כיון דלדידיה כל גזירות חז"ל הם תורה רק דהולכין בספק דבריהם להקל. וכן שאר הקולות שאנו מקילין בדבריהם מטעם שכן היה דעת חז"ל מעיקרא להקל. לכן כל ב"ד או צבור שגוזרין אין דעתם להחמיר בחרמם ובגזירותיהם יותר ממה שהחמירו חז"ל בתקנותיהם שאף הן מדאורייתא הן . ולכך כמו שמקילין באיסורי דרבנן ללכת לקולא כן הולכין לקולא בחרם אף שהוא מן התורה. אבל הריב"ש לדעת הרמב"ן שפיר קאמר דהרי הרמב"ן פשיטא ליה דאם היה בגזירות חז"ל איסור תורה לא היה הולכין בספיקן להקל דאין נראה בעיניו לומר שהיה מפני שהם ז"ל עצמם התקינו כן וכמו שהאריך בהשגותיו לספר המצות ולזה שפיר קאמר הריב"ש דלדעת הרמב"ן אזלינן בהכך אבעיי דרפ"ג דמ"ק גם במוחרם לחומרא כיון דחרם דאורייתא לדעתו צריך להחמיר בספק אבל להר"ם אף את"ל דס"ל דחרם דאורייתא י"ל כמו שמקילין בכל איסורא דרבנן אף דהם תורה גמו כן מקילין בספק חרם אף על גב דהוי ד"ת ולזה לא חילק בין מנודה למוחרם ;

והנה יש מקום לומר למעט המחלוקת בין הראשונים ולומר דלכ"ע החרם עיקרו מן התורה והכבילאים אסמיכוהו אקראי וכל שגזרו ב"ד או צבור לאסור אסר למיגדר מלתא הוא מוזהר עליו מן התורה והעובר על דבריהם כעובר על דברי תורה לכל דבר אבל דיני מנודה ומוחרם המוזכרים בר"פ אלו גלחין דלדעת הרמב"ן במשפט החרם שגם הוא מדאורייתא הן וכמ"ש חז"ל שאם מיקל בדברים האסורים לו גורם רעה לעצמו ועובר על דברי תורה בזה פליג הרמב"ם וס"ל דלאו דאורייתא הן ולכך לא חילק בין מנודה למוחרם לענין ספק אבעיין ובאמת לא ידעתי רמיין לו לרבינו הרמב"ן שעניינים אלו דאורייתא הן אחרי שאין נרמזה בכתוב וקלא שמך ליה מדבעי למפשט בר"פ א"מ בעיין

מן דור המדבר ואי לאו דאורייתא אולי לא נגזרו אז אבל א"כ גם מנודה ד"ת דהרי על מנודה דברו הם ואולי מלך הקברא לבד א' הרמב"ן כן ועכ"פ אינו מוכרח שיסבור הרמב"ם כמותו בזה ובזה אפשר שגם הרשב"א סי' רמ"ג אשר הביא מהר"ם פאדווי בסי' ע"א נראה"ם דס"ל חרם ונידוי הוי דרבנן אין דעתו דעיקר החרם דרבנן להקל בספק איסורו אבל על דיניו קאמר כי כן פתח דיני מנודה ומוחרם (אלא שהמעתק לשונו שם אינו מורה כן) ובזה הי' אפשר לי לייסב לדעת הט"ז והש"ך בסי' רי"ח שנראה ברור לדעתם שם בספק חרם להחמיר כמבואר בדבריה' שם וא"כ למה סתמו בסי' של"ד ולא כתבו דלדעתו במוחרם צריך להחמיר בהכך אבעיין ולהנ"ל ניחא דאע"ג דספק חרם מדאורייתא ואסור לעבור על מה שאסרו אפילו יש שם ספק כהך אבעי' דפ"ק ממולין אבל דיני המוחרם לאו דאורייתא הן ויש לילך בספק להקל ואם אין זאת דעתם דבריהם ז"ל נפלאו ממני ועכ"פ אם החרם דאורייתא תליא באשלי רברבי דדעת מהר"ם פאדווי והרמ"א בד"מ (כי מה שכתב בשו"ע אין ראי' לפמ"ש בדעת הט"ז והש"ך) ס"ל דעיקר החרם הוא מדרבנן ודעת הרמב"ן כפי מה שהבין הריב"ש שהוא מן התורה וכ"ד התה"ד ומהרש"ל והט"ז והש"ך בסימן רי"ח ודעת הרמב"ם לא ברירא לי וכמו שכתבתי לעיל:

ולענין אם חרם דרגמ"ה שלא לגרש בע"כ נמשך גם אחר אלף החמישי או לא הכנ"י בקמא באה"ע סוף סי' פ"ה ובתשובה בסי' ק"ב דף ע"ט ע"א כתב בפשיטות דאף דחרם דרבינו גמ"ה לישא שתי נשים כלה לאחר אלף החמישי החרם שלא לגרש בע"כ אין לו זמן קבוע ועומד לעולם אבל מהר"ם בן חביב בספרו ג"פ סי' קי"ט ס"ק ק"ב הניח שם בצ"ע ומהר"ם פאדווי בסי' י"ג הקיל יותר בגירושין בע"כ מבאיסור שתי נשים ואולם מן הזמן לא דיבר ועכ"פ בדיעבד אם גירש מבואר בדברי הרמ"א בפשיטות דגט כשר הוא ובכנה"ג לא כתב רק שדעת מהר"ם מינץ כן הוא ומה שדקדק הכנה"ג מלשון מהר"ם מינץ דאם ידעה האשה בפסול הגט אין לכופה וכתב הדר"ג כי' דהיינו מהרמ"מ לדעתו דס"ל דאין הגט מועיל כלל בע"כ דאשה אבל לדעת הרמ"א אינו כן ותמה מעכ"ת על הכנה"ג הנה אף שדעת מהרמ"מ יוכל להיות כן אבל הלי הזה אם לא ידעה בפסולו שדקדק הכנה"ג ממנו דאם ידעה אין לכופה אינו לשון מהרמ"מ אבל הוא רק העתק כל התקנות שתיקן רגמ"ה והדין אפשר להיות גם לדעת הרמ"א כיון שהיא יכולה להתחרט קודם גירושין למה לא תוכל להתחרט אחרי גטן פסול שידעה בפיסולו בשעת לקיחתה הגט ודייכו אם נאמר דאם לא ידעה בפיסולו ונתרצית על הגירושין וכבר קבלה הגט כבר בטלה ייפוי כחה אבל אם ידעה בפיסולו חקפה בעלמא נקטה ומיני' אף להרמ"א תוכל לחזור. ואולם במה שנדחק הכנה"ג שם בטעם שאין הגט כשר אם גירשה בעל כרחה נפלאתי אחרי שהוא ז"ל עצמו הביא שם באות יו"ד תשובת מהרמ"פ בסי' י"ז והרי שם כתב מהרמ"פ וז"ל כי מפורש בפירוש בתקנת רגמ"ה דאם גירשה בע"כ דלא הוי גט ובטל אפילו בדיעבד וקשה להחכמים יאמרו בזה כדדרשינן בעירובין בפ"ב ויותר מהמה בני הזהר בדברי סופרי' עכ"ל הרי שכתב כי תקנת ר"ג כך הי' ופשיטא שיש לאל רגמ"ה לתקן כך שיהי' הגט בטל וכמו שפסלו חז"ל כמה גיטין ואין הטעם לא משום אי עביד לא מהני ולא משום פסול העדים והסופר ובג"פ בסי' קי"ט ס"ק כ"ד אחרי שהביא דברי תשובת מהרמ"פ בסי' י"ז שכתב כי מפורש בתקנת רגמ"ה שאין הגט כלום תמה שהרי בסי' ק"ב העתיק כל תקנת רגמ"ה ולא נמצא כן וגם זה תמוה שהרי כתב שם שאין הגט כלום וכמו שהעתיק הכנה"ג והג"פ שם כ' דגם להר"ם מינץ לא ברירא לי' אם הגט פסול נראה שכתב כן מפני שכתב מהר"מ מינץ שקשה לחכמים ראמרו ומפני חומר ד"ם ואי משום הא לא אר' כי נראה שכתב כן על מה שנזקקו לכתוב בעוד שאין האשה מרוצה ועכ"פ מבואר דעת הרמ"א דגט בע"כ דאשה לא מפסיל ויתכן שאף שהיה כתב לפניהם בתקנת רגמ"ה ואין הגט כלום כמו שכתב בתשובת מהרמ"פ פירשו הם שהבעל מחוייב עדיין בכל חיובי איש לאשתו:

והנה בנידון שלפנינו אם באנו לכוף האשה מפני שמשתו כדה והאכילתו בשר שלא כמלח אם הי' עדות בדבר פשוט שיש לכופה על הגט וא"ל התראה רק להפסידה כתובתה אבל לא לגרשה בע"כ וכמו"ש מהר"ם מפאדאווי והבאים אחריו וכן הורה לענין שימשתו כדה הכנה"ג בתכילה סי' כ"ו אבל אחרי שאין כאן עדות כלל והוא ג"כ עד עתה לא טען מאומה ומזה להורות להאמינו עפ"י שבועתו כי לא מצאתי להפוסקים בענינ' אלו שבועה על הבעל ובמקומות שדברו בזה דאם הבעל טוען שאשתו אסורה עליו וחשדו לאחר חרגמ"ה שנאה עיניו נתן באחר' לא כתבו שישבע הבעל על דבריו וכן להיפך באשה שחשדו שנאה עיניה נתנה באחר לא אמרו חז"ל שתשבע האשה ואולי הטעם דכל שבאנו לכיף הבעל לגרש או לאשה שתתגרש עפ"י שבועת הרולה בהגירושין הוי כנשבע ונוטל דלא תקינו רבנן ומכ"ש בבעל הבא לגרש בעל כרחה דאיכא בלא"ה חרם דרגמ"ה ודמי' קלה להך דסימן פ"ז סעיף ע"ז. ובפנים מאירות ח"ש סימן י"ב מרבה רגלים לדבר ועיקר השבועה מפני הכתובה היה שם. וגם מפני שגנבה ממונו הלוה יכול להשרותה על ידי שליש ואינו דומה לבעל. וגם הדר"ג כי' לא עשה אלו הטעמים לעיקר רק לסניפין וסניף וודאי הן :

אבל עיקר היסוד הוא כמבואר בדברי קדשו דלכ"ע לא ייפה רגמ"ה כח האשה מכח האיש ואם באיש לא הוי כפייה ה"ה ואף כ"ש דבאשה לא הוי כפייה ולזאת נשים עין על דברי רבותינו המדברים בזה וכאשר הביא הדר"ג כי' וה' יאיר עינינו במאור תורתו. הנה הרמ"א בד"מ סימן קל"ד כתב שדברי הרשב"א שהביא הב"י שם בסימן קל"ד חולקין על דברי הריטב"א שהביא הב"י בסוף סימן קכ"ד ויש לעיין בדבריו ז"ל דהנה הב"י בריש סימן קכ"ד הביא דברי הר"י בן הרא"ש על מי שנשבע שלא ישחק ואם ישחק נשבע שיגרש את אשתו ועבר ושחק והשיב דהב"ד כופין אותו לגרש את אשתו דכל דבר המוטל על האדם לעשות כופין אותו והמעשה קיים כראה מבואר מדבריו דס"ל דאע"פ שלווה ואינו רולה לגרש אפ"ה כופין אותו לקיים את שבועתו אשר נשבע ואעפ"י שמתחרט עתה ואינו רולה לגרש כופין אותו וכמו שכופין לנודר שיקריב קרבנו שכופין אותו עד שיאמר רולה אני וה"ה הכא כן כראה דעת הר"י בן הרא"ש. אבל דעת הריטב"א בתשובה שהביא הב"י בסוף סימן קכ"ד כראה שחולק על זה שכתב על אחד שנשבע לגרש את אשתו וגירשה קודם שיתירו לו ומערער אח"כ שהיה אנוס מפני השבועה והשיב שהגט כשר שלא מיקרי אונס אלא באונס שלא בא לו ע"י עלמו אבל שבועה זו הוא הביאה ע"י עלמו שהרי מרצון עלמו חייב עלמו בשבועה לגרש לפי שגמר דעתו לגרש עכ"פ לזרוזי נפשיה ואם נתחרט אחר השבועה ואינו מגרש אלא מחמתה ה"ל לבקש לך להיות נקי משבועתו או לגלות דעתו למסור מודעה בכך. הלשון ומגומגם קלת אבל בתשובת מהרל"בח סימן קכ"ד (היא התשובה הארוכה שכתב מהרל"בח על שסידר בב"ד גט על מי שנדר נזירות שמשון לגרש וכמ"ש הב"י בס"ס קכ"ד) ושם הביא מהרל"בח תשובת הריטב"א וכתב שם דנשבע רק לזרוזי נפשי' ואם נתחרט היה לו לבקש לך שיהיה נקי משבועתו או לגלות דעתו או למסור מודעה כראה מדבריו דאם היה מגלה דעתו שמפני י שבועה הוא מגרש לא הוי גט וכ"כ מהרל"ח עלמו כן לדעת הריטב"א אלא שאח"כ כתב מהרל"ח שכפי הנראה מן הטעם שכתב הריטב"א בתחילה שאין חשוב אונס אלא שבא למגרש לא מחמת עלמו רק מחמת אחרים ולא אונס שבא לאדם ע"י עלמו. א"כ אין חילוק ואפילו מגלה דעתו שמחמת הנדר או השבועה הכהו מגרש אפ"ה הגט כשר והריטב"א לרווחא דמילתא כתב כן אלו תורף דברי מהרל"ח. ולפענ"ד א"א לומר כן כדעת הריטב"א דלדברי מהרל"ח גם מה שכתב הריטב"א דאם נתחרט היה לו לבקש היתר להיות נקי משבועתו ג"כ לרווחא דמילתא בלבד כתב הריטב"א כן דהרי גם אם אין לו היתר הוי הגט אחרי שנשבע מרלונו ובאו ה"ו כל דברי הריטב"א למותר. אבל כראה מה שכתב הריטב"א כיון במדעתו נשבע אינו אונס היינו משום דאמרינן דוודאי מרלון לבו הוא גירש ולא נשבע רק לזרוזי נפשי' ועדיין בשעת הגירושין בדעתו הראשונה עומד וברלון גירש : ולזה אמר הריטב"א דאם היה שלא ברלונו עתה היה לו לבקש לך היתר או לגלות דעתו ולמסור מודעה ולא ס"ל להריטב"א שאם נשבע ואין לו היתר כגון בנזירות שמשון דמיירי מהרל"ח ומגלה דעתו שאינו מגרש אלא מפני הנזירות שיהיה גט (אם לא מפני הלד שיוכל לנהוג נזירות שמשון ולא יגרש דהריטב"א מיירי בנשבע סתם לגרש) וכ"ש דל"ל דכופין אותו לקיים שבועתו וכמ"ש הר"י בן הרא"ש דלהריטב"א וודאי אין כופין. וסבור הייתי לומר דכל שנשבע לגרש וא"א להתיר שבועתו גם להריטב"א כופין. וכמו שכופין בנודר קרבן וכן מעשין לפסולות דכיון שהוא מחוייב לעשות כופין אותו. ובכה"ג היה נידן הר"י שם. שלא היה חרטה דמעיקרא לשבועתו או אפשר שרא ב"ד שלא להתיר ואף מפני שנדר שלא לשחוק דקי"ל דאין מתירין והיה אפשר להתיר כיון שכבר שחק ובאו רק להתיר שלא יהיה לריך לגרש את אשתו מ"מ גם על דעת אשתו אולי נשבע ולא היתה הבילה להתיר לו או טעם אחר שלא היה ראוי להתיר ולכך כופין שלא יעבור על שבועתו שקיבל מעלמו אבל הריטב"א הרי מיירי שם שגירש ומערער עתה שרק מחמת השבועה גירש ושבועתו היתה לו היתר לפ"ד על זה הולרך הריטב"א לומר דאם היה כדבריו שגירש מחמת השבועה היה לו לבקש לך שיהי' נקי משבועתו או לגלות דעתו כי זה וודאי אין ב"ד כופין אם היה אומר שמבקש להתיר שבועתו או גילה דעתו. אבל הב"ח באה"ע סימן קס"ה הביא תשובת הריטב"א דאם נשבע לחלוץ ליום ידוע דאין כופין אע"ג דעל השבועה אתה כופיהו מ"מ כיון שמחמת כפייה הוא חולץ חלילה מעושות היא ממילא הרי להדיא דפליג על הר"י בן הרא"ש דס"ל לכתחילה כופין לקיים שבועתו וגם שלא כדברי מהרל"ח שכתב דהריטב"א לרווחא דמלתא כתב א"ו לגלו"ת דעת"ו דבתשובתו לענין חלילה אינו מורה כן אא"כ יאמר מהר"לח רק לכתחלה כתב דאין כופין לחוש לדעת רבינו פרץ אבל לשון הריטב"א אינו מורה כן :

והיינו בנשבע סתם לגרש את אשתו דלדברי הר"י אפילו מגלה דעתו שאינו מגרש רק מפני השבועה אפ"ה הגט כשר ואפילו כופין אותו לגרש ולהריטב"א נראה דאין הב"ד רשאין לכוף רק אם גירש בסתם אמרינן דוודאי ברלון טוב גירש והשבועה היתה רק לזרוזי בעלמא. אבל אם תלה שבועתו ונדרו בדבר אחר וכן אם קבל על עלמו קנס ממון אם לא יגרש כיון שהרשות בידו אם ירלה יקיים נדרו ולא יגרש כגון כ"ש או יתן הקנס. בזה נראה כמעט כל הפוסקים שוין דלא הוי אונס (זולת תשובת הרשב"א ויבואר בעזה"י) וכמ"ש מהרי"ק בשורש מ"ג ועליו סמך ג"כ מהר"לח בראיה השלישית אלא שכתב דר"פ מחלק בין נשבע לגרש סתם דלריך להתיר ובין שמקבל עליו קנס ממון ולפענ"ד אינו מוכרח. והנה בראותי בב"י בסימן קכ"ד שכתב דגדול אחד הביא ראיה לדבריו דאם מגרש מפני כ"ש שקבל עליו אם לא מגרש אפ"ה הוי גט ממתני' דס"פ השולח דתנן קונס אם איני מגרשך דהיינו באומר יאסרו כל פירות שבעולם עליו אם איני מגרשך וגרשה וכו' מוכרח דהוי גט. והייתי תמה על ראייתו דסתם נראה דמיירי בשבועה ונדר שהיה לאן מתירין דהרי שם מבואר דעיקר רבותא שהתירו לו להחזירה דסד"א ליקנסי' משום דר"כ דאמר כל הנודר כאלו בנה במה ומקיימו כאילו הקריב עליו קרבן ופירש רש"י שהיה לו להתיר נדרו מכלל דבשבועה שיש לו היתר מיירי שם ומה זה ראיה לכ"ש שאין לו היתר. ושוב ראיתי למהרל"ח שם בסוף תשובתו הרגיש בזה ודחאה כיון דסתמא דמסכא וגמרא והפוסקים משמע דאף בכה"ג מיירי ואם כן הוא דאף באין היתר לשבועתו ונדרו מיירי מתני' היה מקום להכריח משם דאפילו נשבע או נדר לגרש לחלוטין אפ"ה לא הוי אונס דהרי כתבו התוס' בגיטין דף ל"ה סוף ע"א דלא גרסינן כל הפירות כיון דא"א לקיים הוי כדר שוא ואינו רק איסור שעה ואף דהנדר חל באומר אם אעשה דבר זה יאסרו כל הכאות שבעולם עליו כדאיתא בנדרים דף פ"ע מ"מ לענין נודרת לא מהני וכ"כ הר"ן שם (ואף שיש לתמוה עליו לפמ"ש בפ"ג דשבועות לדחות דברי הרמב"ם שפסק הנשבע

שלא

שלא יאכל ז' ימים דהוי שבועת שוא כמו בל אישן שלשה ימים והר"ן כתב עליו דלא דמי שיהא דע"כ הוא ישן לאכילה רק שקיים הר"ן הדין דהנשבע שלא יאכל ז' ימים הוי כמו נשבע לבטל את המצוה וא"כ אין ראיה לנדר דלא חל על דבר מצוה וצריך לדחוק בזה) וא"כ כיון דקונם כל הפירות שבעולם עליו אם לא יגרש כיון דהנדר חל כהך דנדרים פ"ט וצריך הוא לגרש ע"כ דאם לא כן יאסרו כל פירות שבעולם עליו וזה א"א לו לקיים אע"כ כיון דמעצמו נדר אין זה אונס ותקשי להריטב"א וכ"ש להרשב"א בתשובותיהם. אבל אם אמרנו דהוא הטעם משום דאמרינן דוודאי מדעתו גירש ומאחר שלא ביקש לו צד להיות נקי משבועתו או לגלות דעתו או למסור מודעה א"כ אין ראיה ממשנתינו. אבל אחרי כי מהרי"ק כתב כפשוטו דכה"ג שיכול לקיים את אשתו וליתן הקנס לא הוי אונס וכן דקדק מהר"לא מדברי ר"פ שכתב או ערבון יתן וכן העלה הרמ"א בד"מ בס"ס קנ"ד אלא שחשש לתשובת הרשב"א שהביא הב"י. ולכאורה לולי דברי הרמ"א הייתי אומר דאין מחלוקת כלל דנראה פשוט הא דאמרינן דאם קבל עליו קנס ממון אם לא יגרש וגירש כדי להפטר מן הקנס דלא הוי אונס היינו אם צריך הוא ליתן עפ"י הדין הקנס אם לא יגרש אזי יש לומר דאין הכפייה על הגט רק שישלם מה שחייב מן הדין ואם הוא כדי להפטר מגרש לא חשוב אונס ומה שכתב ר"פ אך ערבון יתן ומבואר דאם אינו מגרש יש להאשה להחזיק הערבון היינו גם כן בענין שהדין הוא כן שתחזיק הערבון וזה קיימתי מסברא שוב ראיתי במהר"מ מינץ בתשובה הנ"ל סימן י"ז שכתב שיתן הערבון באופן שלא יהיה אסמכתא. אבל אם מצד הדין אינו חייב הקנס מפני שהוא אסמכתא אם באנו לכוף אותו ליתן הקנס והוא מגרשה כדי לפטור מן הקנס בזה לכ"ע הוי אונס ובהכי איירי הרשב"א לפי עכ"ד שהרי לא כתב שהב"ד חייבוהו רק הגזבר אשר רצה הבעל להתפשר עמו ולא אבה ומחמת יראה גרש ולכך הוי אונס כן היה נראה לפענ"ד אבל מי ידבר נגד רבינו שחשש לכתחילה לפוטרו מכל קנס והיינו בבעל שיש חשש איסור א"א בכפייתו מה שאין כן גבי אשה:

והנה לכפות האשה עצמה לקבל הגט או ליתן את הקנס אם היה התחייבותה באופן שעל פי הדין היא חייבת ליתן הקנס שאין בו משום אסמכתא נראה ברור דמותר לכפותה ע"י הערכאות להוציא ממנה הקנס ואם מתוך כך תתרצה לקבל הגט יגרשנה כדמו"י ואם אין הקנס באופן שמצד הדין לא תוכל לחזור בה בזה יש לעיין לפמ"ש הרמ"א בח"מ סימן כ"ו סעיף א' במי שהלך לערכאות ונתחייב בדיניהם ורוצה לשוב בדיני ישראל דהרמ"א מסכים דאין נזקקין לו ואם כן זו שהביאה בעצמה הדברים מתחילה עד סוף בערכאות יכול הבעל לתבוע ממנה הקנס שנתחייבה היא או קרוביה בעדה וכל שכן שהיא עודנה בתמרוריתה עומדת ובקש הדר"ג כי' למתקה ולשוא צרף צורף דוודאי אף המרדכי שהביא הרמ"א שם בד"מ סימן כ"ו בח"מ מודה שמתירין להבעל לבוא עמה בערכאות ולהוציא ממנה כל מה שנתחייבה לו ובפרט בצירוף הסניפין שזכר הדר"ג כי' שהיא חשודה ועוברת על דת ומאבדת את ממונו ולדעת הראב"ד שאין אסמכתא לנכרי ואסברה המג"א משום דגמר ומקני כיון דבדיניהם לא הוי אסמכתא כדאיתא בסימן תמ"ח במג"א ס"ק ד' א"כ זו שבאה לפני הערכאות ונתחייבה על דעתם י"ל דגמרה ומקני ומ"מ שם רבו החולקים. אבל בנידון זה נראה דרשאי הבעל לכופה על הפרעון. ואולם היינו אם יש לה לשלם בדברים שבדיניהם צריכה היא לשלם מהם כגון תכשיטין וכדומה או שיש למי שנתערב לשלם. אבל אם באמת אין לה לשלם הקנס מבלי ערומה והבריחה אז וודאי א"א לכופה שתשלם או תקבל הגט כלפענ"ד אם יסכים הדר"ג ועוד אחד מיוחד ממורי ישראל האוחזים בדרכי חז"ל:

ידיד ה' מאוד נכספה וגם כלתה נפשי שיסכימו גם החולקים על הוראה הלז או לכה"פ שימאנו שהם ומבטלים דעתם כי עתה אשר בעו"ה פריצי הדור קשר וחבל אחד לחבל

כרם ה' צבאות על המאמינים בה' להתאמץ בכל עוז להיות לב א' ולא יהי' פירוד לבבות ביניהם לבי אבל בקרבי בזכרי איך יתאמצו מרעים להכחיד שם ישראל ואיך נועצו לב יחדיו להפר חוק ולבטל כל אות ברית בין ה' ית"ש ובין ישראל לא הניחו שארית לקדוש' שבת וגם בשר קדש יעבירו יחדיו להעביר מעט מעט יקנא ה' מהרה לתורתו ויאבדו אויביו ויתפרדו פועלי און במהרה יאמר כה הדר"ג אם יש קהלות רבות חלילה שם אשר יתנו מקום לדברי מרעים ההם בטוח אני במדת טובו וענות לבבו אשר בכל שורות מכתבו יזהירו כי לא ירע בעיני כבודו שאלתי זאת לדבר עוד על לב החכמים החולקים ונהי' כולנו אגודה אחת כרצון אבינו שבשמים ית"ש ואנכי אשלח העתקת מכתבי זה לכבוד ידידנו הגאבד"ק פ"ב יע"א יחוה דעתו כאשר ישים ה' בלבו:

דברי קדשו אשר חידש בענין זאלין שדנו על המוספין המה דברי חן ושכל טוב ובדברי התוס' פסחים דף כ' ע"א ד"ה ובשעת וכן בחולין דף ל"ו ע"ב אין לי לפרש רק מה שכבון לחם כי"ב יבין בלתי ספק ונעלמו כי הי' דעת התוס' כיון דבא על העור במחובר ועתה לאחר שחיטה עודנו שם כאשר הי' אף כי עתה לאחר שחיטה תלושין הרי לא הי' בהם תפיסת אדם ונתכשר הבשר על ידן ולא הקשו רק לפירש"י דלדעתו ז"ל צריך שיעברו המים מן העור להבשר וכמעט א"א רק ע"י הפשטת עור ואם אין הסברא מרווחת בעיני כבודו גם בעיני אין הדברים מרווחין אבל כשבקינהו דאינהו דחקו ומוקמי כפשיי' דברי אוהב נפשו המשתוקק לידידתו ואהבתו ומצפה לשמוע ממנו כל טוב וגם אקוה כי יוסיף שנית ידו בטובו ויודיעני דעתו הרחבה על הדברים אשר כתבתי וגם איך נגמר הדבר בין הזוג הנ"ל ומה טוב אם יוסיף הבעל הון ועושר לתת להאשה וירופא ונצרעתו רופא לשבורי לב ירפא ויחבוש במהרה שבר עמו ויצמח לבנו בישועתו הק' מאיר א"ש:



סימן סא

(עוד להגאון הנ"ל על ענין הנ"ל):

נעימות ימינו הגיעני וארא כי הוסיף ענות צדק וחכמת לב על דבריו הראשונים יוסיף ה' לו שנות חיים וישביע בצחצחות נפשו כאות נפשו היקרה ונפש הכותב המתענג בדברי קדשו. והנה פקד עלי הדר"ג כי' למהר להשיב תשובתי אליו לזאת אבוא בקצרה. הנה בדעת הרשב"א כבר כתבתי גם אני כי נראה שדעתו מפני השבועה רק שדברי הרמ"א בד"מ סימן קנ"ד אינם מורים כן דאם הרשב"א מיירי דווקא במזכיר שבועה לדעת הרמ"א א"כ מנין לו שמהר"ם פאדווא חולק ע"ז הלא הוא ז"ל לא מיירי רק לענין חרם סתם שהרי דקדק כן מדברי הרי"ף והרמב"ם שלא חלקו בין נדוי לחרם וזה לא יתכן לדקדק רק על סתם חרם דמיירי שם בתלמוד אבל חרם שיש בו שבועה מה לו להרי"ף ולהרמב"ם לחלק בו והם אינם רק מביאים מה שמפורש בתלמוד. ואנכי הבאתי דברי הרשב"א בתשובה סימן ת"א בחלק השלישי דמבואר בדבריו דגם אם שתקו חייבין לקבל כל שהיו שם בשעת החרם. והדר"ג כי' כתב ומפני שהמיעוט נגררים אחרי הרוב כמו בקבלת שבת הנה קבלת שבת אין ענין לקבלת שבועה כי לא יתכן שיקדשו הרוב את היום ויאמרו כי קודש היום לאדוננו יתברך שמו והמיעוט ינהגו בו חול אבל בשבועה שאיננה מפי אחרים רק בעדות. ושם ג"כ דווקא בעונה אינו יודע לך עדות. מנין לנו דאם רבים יאסרו איסור על נפשם בשבועה שיהיו המיעוט נגררים אחריהם. ומ"מ יש לומר כדברי מעכ"ת כי' וכאומר דמן הסתם יסכימו המיעוט לרוב ומדברי הרא"ש בתשובה כתבתי שאין הכרע לומר דהוי חרם איסור דרבנן דזה שכתב שאינו אלא גזירות היינו לענין שאינו צריך התרת חכם וכמו שדעת הרמב"ן מכח הכתובים שהוא דאורייתא כן יוכל להיות לדעתו של הרא"ש ולא כתבתי להיות מוכרח כן. ומה שכתב מעכ"ת כי' דהרי לא חילק הרא"ש בר"פ א"מ בין חרם לנידוי לענין הבעיין דהתי' כבר כתבתי שאע"ג דאיסור חרם לעבור עליו הוא תורה ע"מ

דינו דהיינו שיהא העובר מוחרם לקור בנעילת הסנדל וכיוצא בזה אין ראי' שהוא מדברי תורה וכתבתי שע"כ דעת הש"ך והטו"ז כן הוא לפמ"ש בסימן רכ"ח ושאין לרבינו הרמב"ן שכתב במשפט החרם דאם עובר על אחד מהם הרע לנפשו ועובר על דברי תורה אין לו ז"ל ראי' ע"ז ואולם מעכ"ת כי' הוסיף עוד לומר דגם הרמב"ן יסבור שהוא דרבנן ודברי קבלה הנה הרואה דבריו ז"ל במשפטי החרם לפענ"ד רחוק מאוד לומר כן. ואחר כל הדברים אומר למעכ"ת כי' הנה התה"ד בסימן רפ"א שהביאו בסימן רי"ח בי"ד חשש לדעת הסמ"ג דאפי' תקנת הציבור הוא דאורייתא וכן הביא הטו"ז בסימן רכ"ח מן המרדכי ומהרש"ל והט"ז והש"ך כולם גם אם נמלאו גדולים אשר קוברים דהוא דרבנן מי לא יחת לקול שאגת האריות האלה. ואין אני רואה שום קולא בחרם רגמה"ג לעומת השאר והמהרש"ל חולק על עיקר השמועה שכתב הרבב"א ששמע על תקנת שלא לישא שתי נשים רק עד אלף החמישי ועל שלא לגרש בע"כ פשיטא לי' להכוב"י דאין לו זמן והגט פשוט מספקא לי' כמ"ש במכתבי הראשון ויעיין במהרי"ק בשורש ק"י:

והנה הדר"ג בתשובה הראשונה ראשית דברי קדשו במה שקבלה האשה וקרובי' על עצמן קנס אם לא תקבל הגט לזאת חשבתי כי בזה יהא נגמר הענין בטוב ונקל לזאת כתבתי עכ"ד בזה איך יהי' הכפיי' על הקנס. ועתה הודיעני מעכ"ת כי' כי לא יבוא בזה לתכלית ועיקר דעתו הרמה עתה מפני טענתו ששימשתו נדה והאכילתו בשר שלא נמלח אף כי אין עדות מ"מ הבעל רוצה לישבע ש"א ע"ז כבר כתבתי דלפענ"ד כיון שהבעל תובע לכופה להתגרש והאשה נתבעת אין לנו להטיל שבועה עליו כי אם עלי' להיות כדין כל הנשבעין ונפטרין וכל שיכוף האשה לקבל גט עפ"י שבועת הבעל הוי כעין נשבע ונוטל ולא נחלקו בסי' קע"ח רק באם יש ע"א שמעיד שזינתה והוא אומר שמאמין לדברי העד אבל אם יבוא הבעל ואומר שהוא יודע שזינתה אשתו ליכא למ"ד שיהא נאמן אפי' בשבועה לגרש' בע"כ לאחר תקנת רגמה"ג וכמו שאין האשה נאמנת לומר טמאה אני אפי' בשבועה למשנה אחרונה יעיין במהרי"ק סיף שורש ק' ומכ"ש בזה מריבה ביניהם:

ומ"ש מעכ"ת כי אגיד אם ירצה הבעל עתה לדור עמה האם אתירנו לו הלא שויא לנפשי' חתיכה דאיסורא אף שאין הדין משתנה בכך שאם הוא גרם שתאסר עליו כהי דלא נכוף אותו לשום עמה וגם לא נכדה אותו כדעת מי שאומ' כן מ"מ גם אותה א"א לכוף היכא שלא נתנה אמתלא בין שיני' ואין כאן אפי' ע"א. מ"מ לענין הלכה למחלוקת רבותינו בי"ד סי' א' וב' לדעת מהרי"ק שם אם אמר אחד על שוחט שהוציא טריפה מתחת ידו דאינו נאמן אף העד עצמו מותר לאכול שחיטתו דלא שייך כאן שוי' אנפשי' חד"א כיון שהדבר תלוי מכאן ולהבא במחשבת השוחט וכמו שהעתיק הש"ך בסי' ב' וכוותי' פי' רבינו הב"י בבש"י א' בפשיטות וכן נראה דעת הש"ך בסי' ב'. והפר"מ שם חולק כיון דכל בלא שב השוחט ולא קיבל עליו דברי חברות שחיטתו אסורה היך כתיר להעד לאכול משחיטתו וכן המשנה למלך בריש ה"ל שחיטה תמה עליו והביא ראי' שלא כדברי מהרי"ק מכתובות דף מ"ד ע"א שני שטרות היוצאים ביד אחד דאיתא התם דכ"מ לאורועי סהדא וכתבו התוס' והר"ן דאם יש לו שטר ואותם עדים החתומים עליו אע"ג דאין מעיד זולתו על פסול העדים אפ"ה אמרינן דלדידי' עכ"פ שטרו פסול וגם תמה על עיקר סברתו של מהרי"ק מה טעם לחלק לגבי' נפשי' לבין שני עדים לאחרים יעו"ש. ואני כתבתי בתשובה אחת דלפע"ד נראה הטעם לחלק עפמ"ש בקלה"ח בח"מ סי' כ"ח ס"ק א' בשם אחיו והככים ע"י דהא דבעינן תשובה מפורסמת וידועה כמבואר לענין חזרת הפסולים להכשרן הייני בעבירה ידועה לאחרים צריך שגם התשובה תהא נודעת אבל חטא בלתו נודע והוא יודע בלבד נגע לבבו. אם מתחרט בלבבו באמת סגי להחזיר להכשרו ולפי"ז החילוק שבין שני עדים שראו באחד שהוציא טריפה ובין עד אחד לגבי' נפשי' שיהא מותר לאכול משחיטתו מבואר דבשני עדים דלאמנות עליו הרי חטאו נגלה אם אינו חוזר להכשרו עד כי ישוב תשובה גלוי' ויקבל עליו דברי חבירות בפני שלשה אבל בעד אחד בלבד שהוציא טריפה כיון שאינו נאמן עליו אם חטאו אינו מפורסם וסגי אף אם האמת בחרטה בלבבו בלבד לזה ליכא כאן משום דשא"דא כיון דיכול להיות שמתחרט. ואולי מן הסתם איכא למימר בפרט בפעם אחת בלבד שמתחרט ועכ"פ לא הויא חד"א ולפי"ז מגילא מיושב הקושיא מכתובות דכיון דהמוכר והלוקח יודעין שחתמו לשקר כהי דאין לפוסלם לעדות דעלמא כיון שלא העידו עליהם כמ"ש הגאון בהפלא"ה שם מ"מ אם הי' רוצים לשוב הי' צריכין תשובה מפורסמת אשר לא עשו ולזה השטר פסול. ואיך שיהי' הנה מלינו מחלוקת הגדולים דלמהרי"ק ובעלי הש"ע ז"ל מותר העד עצמו לאכול משחיטתו ולא שייך כאן שא"ד כראה דה"ה בזה כיון דאין מוכרח שתהי' לעולם כן לא שייך שא"דא ומותר בה ולהפר"מ ולהמ"ל גם בזה שייך חתיכה דאיסורא. ביגותי אח"כ בספרים ומלאתי כי ההפלא"ה ג"כ כתב לענין נאמנו' תלוי במחלוקת מהרי"ק ופר"ח. וראיתי להגאון בעל מעיל לדקה בס' כנפי יונה על היו"ד שמסכים לדברי מהרי"ק. אבל הגאון בעל ת"ש בסי' ב' סעיף כ' יודע פשר דבר וכ' דמן הסתם אין אנו צריכין להפרישו דהוה כאלו אמר מזודה אני אבל אם יודע בעצמו שהוציא השוחט טריפה מידו גם למהרי"ק וודאי אסור לאכול משחיטתו אע"פ שאין אנו מעבירין אף כאן אנחנו אין עלינו להפרישו מן הסתם אבל הבעל אם יודע בעצמו ששימשתו נדה אין לו לסמוך עלי' לדעת התב"ש. ואולם ימחול לעיין בספר בני אהובה להגאון מוה' יהונתן זצ"ל בתשובה האחרונה אחרי אשר החליט על האשה אשר נשאל עלי' שאין ספק ששימשה את בעלה נדה כמה פעמים כו' ואם ירצה בעלה לגרשה תע"ב אמנם אם ירצה לקיימה אין כופין אותו אבל מ"מ אם הוא שתק אנן לא שתקינן לכן נגזר עלי' בכל תוקף חרם ובכל כפיות בעולם שתהי' צריכה לפרוש כל עונה בינונית מבעלה ותספרה ה' ימים לז' נקיי' ותטבול בין תראה ובין לא תראה ובזה אין חשש עוד דלא שבקה היתרא ואכלה איסורא מלא הגאון תקנה אף למשמשתו נדה וודאי הגם שאין טוב לאיש לדור עם אשתו על אופן הנ"ל וכמ"ש הגאון באם ירצה לגרשה תע"ב מ"מ הייני במשמשתו נדה וודאי אבל כאן רק פיו יענה בה ואין ספק אללי כי לא יורה מעכ"ת כי' בכל איש שיבוא ויטעון על אשתו ששימשתו נדה או שזנתה שישבע ויכוף האשה להתגרש. ועיקר סמיכת מעכ"ת כי' על הרגלי' לדבר ובזה לא אוכל לדבר כי בזה העיקר לפי הענין ואין לדיין בזה אלא מה שעיניו רואות:

ומ"ש הדר"ג כי' בשם הגאונים שפשוט בעיניהם כיון שנתרצ' בתחלה יש לכופה להתגרש ולקיים מה שהבטיחה אחרי כי הגאונים פשוט בעיניהם כך מה לו למעכ"ת כי' לחוש לדעתי העני'. ואולם בעיני יפלא מאין הוציאו כן שאין האשה תוכל לחזור בה ובתשובת מהר"ם מינץ בסי' י"ז (והוא הי' בימי מהרא"י בעל תה"ד) מבואר שיכולה לחזור וביבמות דף קט"ז ע"א אמרינן ה"ד קטטה דאמרה גרשני ופריך כלהו נמי אמרי הכי הרי דרגילות הוא להנשים לומר לבעליהן מתוך כעס גרשני ולדבריה שוב יכולין לגרשן בע"כ ובטלה תקנת רגמה"ג ומעשים בכל יום אף לאחר שנתרצו הבעל והאשה להתגרש וגם קבלו קנין אפ"ה בשעת הגירושין שואלים להבעל שני פעמים לפני הכתיבה וקודם הנתינה ולהאשה קודם הנתינה אם ברצון מעשה הגט ובסימן קכ"ד בסופו בבעל אם גירש בגט כשר ואח"כ יצא על זו קלת לעז כופין אותו אבל אם הגט פסול באמת וודאי אין כופין אותו אף שאין לדמות אשה לאיש מ"מ ברצון בלבד לא שמענו. ואולם אם רק הוא ממנו מ"מ לא באתי לתור בדבריהם חלילה לי:

והנה סוף דבר לפענ"ד הי' טוב לכוף אותה על הקנס על האופן שכתבתי במכתבי הקודם וכן יש לכוף את האשה בכל מיני כפיות שתעמוד לדין תורה עם בעלה ואם תבחר יותר לקבל גט מאשר תעמוד עמו היא לדין תורה אין זה כפיי' על הגט. ולענין אם שמשתו נדה אם יש רגלים לדבר הכל

לפי ראות עיני הדיין כי הרגלי' לדבר עיקר לא השבוע'. וצריך רגלי' אשר לא ימעדו. יראו עיניו כל טוב. וישמח לבו בתשועת ה' ובהרמת קרן התורה והקדושים כחפץ נפשו הטהורה וחפץ ידידו אוהבו ומחבבו בכל לב. הק' מאיר א"ש:

סימן סב

[עוד להגאון הנ"ל על ענין הנ"ל]

ומה שהקש' הדר"ג על דברי מה שאמרתי לחלק בין ע"א לב"ע בעד א' אין צריך תשובה גלוי' והקשה מגמ' דפ' הכותב דף פ"ה ע"א מהא דרבא דהאמין לאשתו כבי תרי והוציא ממון ע"ז והקשה לפי דברי מה בכך שהוא מאמינה מ"מ י"ל דלמא עשתה תשובה בינה לבין עצמה כיון שלא הי' כאן אלא ע"א. ותירץ מעכ"ת כי' דמיירי שהיא חשודה מפני גזל ול"ל דעבדה תשובה כיון שלא השיבה הגזילה וכדעת מקצת הפוסקים. הן הקושיא הן התירוץ הן דפח"ח. אלא לפמ"ש התוס' בשבועות דף מ"ו ע"ב ד"ה אבל והרא"ש בגטין פ"ד סי' ה' בשם ר"ת דהא דקאמרה בת ר"ח ידענא בהאי איתתא דחשודה על שבועתא הייט דמפקא ש"ש לבטלה דנשבעת שלא תאכל ואכלה מבואר דלדעתו לא נפסלה האשה משום דבר שבממון. אבל רש"י והרי"ף שם לא פירשו כן בשבועות דידעה בנה"ג וממילא אין ראי' אבל מ"מ לא שמענו שיחלוקו רש"י והרי"ף על הדין היוצא לפי דעת ר"ת. ויש מקום ליישב קושית הדר"ג כי' על דברי. ונאמר דרבא מלבד דקים לי' בבת ר"ח דוודאי קושטא קאמרה ידע גם כן דבת ר"ח יודעת במה נחשד אדם על השבועה (והרי לא אמרה רק דחשידא על השבועה ולא חקרה במה נחשדה) ולפ"ז אם נאמר דכל שלא עברה בפני שנים לא נפסלה לשבועה והיא אומרת דידעה דחשידא על השבועה ממילא ידע רבא שלא בפני בת ר"ח בלבד עשתה האשה היא רק בפני' ובפני אחרים וצריכה תשובה גלוי' לחזור לכשרותה אבל באמת עיקר דברי לא הי' רק כלפי מה שכ' הפר"ח סוף סי' א' להשיג על מהרי"ק שכ' דדוקא בכתנכך ייכך שייך לומר שויא אנפשי' חד"א שאם כדבריו כן הוא אין לו תקנה והיתר לעולם אבל לא בשוחט כי מפני שחטא פעם א' שלא כהוגן אין הכרח שיופסל לעולם דאם יעשה תשובה וילבש שחורים ישוב לכשרותו והדבר תלוי במחשבת השוחט בלבד והפר"ח דחה דבריו בשתי ידים דכל זמן שלא קבל דברי חבירות בפני ג' שחיטתו פסולה יע"ש שכינה לכתוב כן נראה מדבריו דאם היה תלוי במחשבת השוחט בלבד ולא הי' צריך לקבלו בפני ג' הי' מודה למהרי"ק דלא שווי' אחד"א דלא אמרינן הכי רק בדבור שברור האיסור לפ"ד. וע"ז אמרתי בעניי דכל שאין הדבר נודע לשנים א"ל קבלה בפני ג' כי קבלה זו לענ"ד סעיף מסעיפי תשובה להודיע לרבים שלא ישוב לכסלה עוד וכל עוד שלא נודע פסולו אין צורך לפרסם חזרתו ולזה בנה"ג לא שייך לומר שויא אנפשי' חד"א אבל למסור שבועה למי שידענו בו בעבר עבירה הפוסלו מן השבועה ומפני ספק תשובתו יתכן שלא נאמר בספק תשובתו שיוציאנו מן וודאי פסולו:

והנה התוס' בב"ק דף ק"ח ע"א ד"ה ותרי כפילי יע"ש דמבואר מדבריהם ז"ל דס"ל דחשוד על שבועה לא מיפסל מן התורה לשבועה רק לעדות ומגזה"כ אל תשת רשע עד והקצה"ח בח"מ סימן ל"ג בס"ק י"א האריך בזה והביא שם דברי הס"מ דחשוד שכנגדו נשבע ונוטל משום קנסא הוא דקנסינן לחשוד וכל היכא דקנסה לחשוד לא אמרי' משום הכי (והוא כ"כ לענין מגו דהשיב אמונכא יע"ש) ולפע"ד עיקר דברי התוס' אינם רק במי שנשבע פעם אחד לשקר כיון דלא הוחזק לא אמרי' דחשוד הוא לעולם אבל מי שבינה באולתו לרבי או שילם לרשב"ג כיון דמומר הוא לשבועה לשקר מודים התוס' דמדאורייתא מפסיל וזה נוטה לדברי תורת חיים בחולין דף ד' שכתב מדנקט רבא מומר אוכל נבילות בודק סכין ומשמע דווקא מומר אבל אם נאקראי בעלמא א"צ לבדוק סכין יע"ש שרצה לדקדק כן מדברי הרמב"ם ואף הש"ך הביא דבריו בסי' ב' ס"ק כ' ומדברי הש"ך בס"ק י"א ג"כ נראה מדברי הפוסקים שהביאו שם דפעם אחד מפסיל עכ"פ. מ"מ נראה דהיינו מדרבנן משום קנס וזה שייך היכא דאיכא קנסא לדידי' כגון לענין שכנגדו נשבע ונוטל וכן לענין להעבירו לפוסלו אבל כל שאין אנו יכולים לפוסלו בע"א ואין כאן קנס לדידי' ובאנו לאסור שחיטתו על העד ואמר דשוי' אנפשי' חד"א בזה איכא למימר כיון דלא הוחזק בכך לא שייך שאחד"א וכדברי מהרי"ק ובזה ניחא לפמ"ש הש"ך בסוף סעיף קטן י"א דהרמ"א מיירי בע"א א"כ מאי איריא פעם אחת שכתב הרמ"א ולהנ"ל כ"מ לענין העד עצמו וכבר כתב הש"ך שדוחק לפרש דברי הרמ"א דמיירי בע"א ומ"מ הדברים בעצמם כמדומני דקרובים הם ישים הדר"ג עין עיונו על הדברים ואת אשר יבחר יקרב. יקרב ה' תשועת עמו במהרה. ויקבץ צאנו הפזורה. כב"ת ידידו אוה"כ. הק' מאיר א"ש:

סימן סג

בעזה"י יום ג' אסרו חג השבועות תו"ר לפ"ק אונגוואר יע"א:

ישלח ה' עזרו מקודש. לקנקן חדש ומיושן מלא וגדוש. ה"ה ידיד ה' וי"נ הרב המאוה"ג צדיק מושל בירא"ת אלהים ואהבתו. זרע קודש מצבתו כקש"ת מוה' שמעון אבדק"ק מע"ד יע"א כעת הגאון אבדק"ק קראקא יע"א:

נעימות ימינו הגיעני לפני החג וחשתי לכתוב אל הדרתו כי' כרצונו. אודות אשר נוען בענות לבבו הטהור בגט אשר נסדר בב"ד ולא הי' להסופר דיו כרצונו ויבקש מרעהו לתת לו ויבא ויתן לו והסופר הקנה הכל להבעל כמשפט. וכאשר נגמר הגט והבעל בא רק לגרש בו הכיר הרב הדיין ז"ל את הכלי שהדיו בתוכו כי שלו הוא וישאלו את המביא הדיו והוא ב"א של הדיין והודה כי לקח הכלי עם הדיו מבית הדיין. יען לא היה לו דיו מוכן לפי שעה וחשב להחזיר לבעליו דיו אחר. והנה הדיין אמר שאם הי' שואל ממנו באמת לא היה מקפיד וכ"ש לצורך הגט הזה אבל לנגד אחר ובמקום אחר הי' מקפיד. והיה דעת מעכ"ת כי' שהדיין יאמר בפירוש שהוא מקנה להבעל את הדיו שנכתב בו הגט והבעל יקבלנו והי' קנוי לו (רק שבחפזון נותן סתם) ואז לא הי' לנו לדון רק משום דמחוסר קנין ובזה כתב הר"ן במתני' דהאשה כותבת גיטה שאין בחסרון קנין פסול משום וכ' ונתן כמו דממעטין מחוסר קציצה דאין זה חסרון מעשה בגופו וכ' ומעכ"ת כי' כי מרן הגאון ז"ל בחידושיו לגיטין הביא קושי' בשם גדול אחד שהקשה מהא דממעטינן ר"פ כסוי דם מן ושפך וכסה קדשים דמחוסרין שפיכה פדיי' וכסוי ורבינו ז"ל חלק מהא דאמרינן בריש תמורה דמיגמר חשיב מעשה משום דבדיבורא אתעביד מעשה וה"ה פדיי' חשיב מעשה. ומעכ"ת כתב לחלק דפדיון שצריך פרוט' לחלל עלי' חשיב חסרון מעשה מה שא"כ קנין דבלא"ה יבוא הגט לידו של בעל ולא חסר רק מחשבת קנין והדברים ישרים. רק דלפענ"ד נראה דאין עיקר כוונת הר"ן לומר דהקנין לא חשיב מעשה כמו קציצה רק עיקר חלוקו שאין זה מעשה בגופו והיינו דלא ממעטינן מן וכתב ספר וגו' ונתן בידה שלא יהי' בספר חסרון לאחר הכתיבה רק הכתיבה ולא דבר אחר ויש למעט קרן של פרה וכי"ב דהוי חסרון בגופו לאפוקי קנין אין חסרון בגוף הגט רק חסרון בבעלים ולא מקרי חסרון אבל עופות קדשים גופן קדוש ומפני קדושתן אין צריכין כיסוי משום דלא אפשר ואם באנו לחייבו בכיסוי משום דפדאוי אחר השחיטה [או מצד דעומד לפדות] הרי הוי חסרון בגופו ויש למעטו מן ושפך ונמצא הן קנין והן פדיי' חשובין מעשה רק דקנין לא מחשב מעשה בגופו אין חילוק בגט עצמו של מי הוא והקדש חשוב פדיונו מעשה בגופו ויעויין במה שכתב בעל המאור בסוגי' דהואיל דערלות מקרי חסרון בבעלים עקירה וכן הגרלה מקרי חסרון בגופו יעוי"ש בפסחי' ס"ב ע"ב:

ולא אכחד ממעכ"ת כי כי אם הי' בא מעשה כזה לידי הייתי מתאמץ לכתוב גט אחר אם אפשר ועדיין לא

כיון דאחר כתיבה וודאי יש לסמוך על דברי הר"ן ז"ל אבל קודם כתיבה הי' לבי מהסס דהרי הר"ן חידש זה משום דקשי' לי' איך האשה כותבת ונותנת להבעל הא מחוסר קנין בין כתיבה לנתינה וכו' דמתוך הדוחק י"ל מבואר דדחיקא לי' להר"ן ז"ל סברה זו רק דמוכרח לומר כן מפני דוחק קושייתו והרי הוא ז"ל כתב דאין לומר שהקנתה לו הקלף מעיקרא דא"כ איך פשיט רב אשי מינה בעין דהיו מוחזקין בטבלא שהוא שלה וגם לפירוש המפרשים שפירשו דרב אשי פשיט ממתני' דהאשה כותבת גיטה דהאשה ידעה לאקנויי דאע"ג דאקני לי' רבנן פשיטי דספרא שהיא כותבת מ"מ טבלא שלה לא קני' לו רבנן אבל לדעת הרשב"א בחידושיו ולדעת רש"ך גם הרמב"ם סובר כן כמו שהביא הב"ש וג"פ ואף על פי שהב"ש בסימן קכ"ד סעיף קטן י"ט כ' פקפק על דברי רש"ך הג"פ הביאו דבריו בשני מקומות בסי' קכ"ג סק"ג ובסי' קכ"ד ס"ק מ"ב ונראה מדבריו שמסכים לדברי רש"ך דדעת הרשב"א והרמב"ם שווים גם בעל תורת גיטין דחה מה שפקפק הב"ש בס"ק כ' על דברי רש"ך א"כ לא פשיט רב אשי ממתני' דהאשה כותבת גיטה רק דגט כשר ויהי' באמת הטעם משום דאקנויי אקני לי' רבנן וכתב דלפ"ז אף בטבלא שלה לא צריך להקנות להבעל כיון דאקני לי' רבנן וכמ"ש הב"ש בשם רש"ך בסי' הנ"ל ולפ"ז וודאי לא מחוסר קנין דאף את"ל דבשל אחרים מקרי מחוסר קנין חסרון מעשה בגופו אפ"ה לא קשי' ממתני' דהא איכא למימר דאקנו לי' רבנן מיד קודם הכתיבה ואינו חסר כלום בין כתיבה לנתינה ואין הכרח לסברת הר"ן שלא חידש אלא מתוך הדוחק כמ"ש הוא ז"ל בעצמו ותכן לכך כתוב בסדר הגיטין שיקנה הסופר הכל להבעל קודם הכתיבה שחששו שלא יהי' מחוסר כלום בין כתיבה לנתינה ולא כמ"ש הב"י הטעם שחששו שמא ישכח אח"כ להקנות רק הטעם משום מחוסר קנין דאם קלף של סופר והבעל נותן שכר דלא שייך לומר אקנויי וכן כ"ז שלא קבל הסופר שכרו לכאורה וודאי לא שייך אקנו לי' רבנן אם הי' נותן להבעל אחר הכתיבה יש בו משום מחוסר קנין וקלת תמה יש על הגאון בעל ג"פ שהביא בסימן קכ"ג דעת הרש"ך אליבא דהרשב"א והרמב"ם והביא באותו דיבור בסופו דעת הר"ן דלא מקרי מחוסר קנין מחוסר מעשה והרי לדעת הרשב"א אין הכרח. ורא"יתי להגאון ג"פ שכ' בסי' ק"כ דאע"ג דהפקר ב"ד הפקר מ"מ לא מהני בשום דוכתא שיש כח לב"ד לאוקמי ברשות אדם דבר שאינו שלו ולא החזיק בו עדיין יע"ש בס"ק ה' שהביא אח"כ דדעת הרמב"ם והרמב"ן דקני בעל אע"ג דלא מסיק ולפי מה שרלה לומר בתחלה דאין כח לב"ד רק להפקיע ולא להקנות הי' מקום לומר דאף לדעת הרשב"א דרב אשי ס"ל דאף בטבלא שלה אקנויי אקנו לי' רבנן מ"מ יהי' דעת של הר"ן מוכרח דקנין לאו חסרון הוי דהרי כל זמן שלא מסך הבעל לא זכה ואכתי מחוסר קנין הוא אע"כ דלא הוי חסרון אבל לפי מה שהעלה הג"פ אח"כ דלהרמב"ן והרמב"ם אפי' לא מסיק כלום קני מכלל דיש כח בב"ד גם להקנות א"כ אין ראי' כלל לדברי הר"ן ממתני'. ורא"יתי בים"ש ביבמות פרק עשירי סי' י"ט שכתב דר"א דיליף בהפקר ב"ד הפקר מן אלה הנחלות וגו' עדיף מדר"י דיליף מכל אשר לא יבוא. דילפינן שיוכלו להפקיר ממון של חבירו ולהחליטו לאחר יע"ש (וקלת תידוש שלא הביא הג"פ מחלוקת ר"ו והב"י לענין קידושין במעמד שלשתן דאורייתא ויש בזה להאריך אלא שאכ"מ) עוד עלה על רעיוני שלכך כתבו מסדרי גטין להקנות הקלף והדיו משום דאם לא הי' של הבעל לא הי' ליווי לכתוב עליו ומועיל כלום והוי כשלא לשמו והזרתי בי מפני שלא ראיתי לאחד מן המחברים שחששו לזה ושוב ראיתי בים של שלמה פרק ב' דגטין סי' כ"ב שכתב וז"ל ומ"מ כראה דאינו דומה כלל דלא שייך לומר אקנויי אקני לי' רבנן מתורת הפקר ב"ד הפקר עד דמטי' לידי' הלכך כ"ז שלא מקנהו הסופר להבעל הקלף וכו' הוי כשלא לשמו שהרי אינו ראוי לו מאחר שעדיין לא זכה בקלף יע"ש שהאריך קלת הכה מ"ש דאינו שייך לומר דאקני לי' מדרבנן עד דמטי' לי' לידי' הוא שלא כדברי הרמב"ם והרמב"ן דלעיל וסותר קלת לדברי עצמו מ"ש ביבמות פ"י סי' י"ט דלעיל אבל מ"מ כתב הרש"ל כל שלא קנה הבעל הקלף קודם הכתיבה הוי כשלא לשמו שהרי אינו ראוי לו מאחר שעדיין לא זכה בקלף וא"כ ככון אם אירע שלא הקנה להבעל קודם הכתיבה הקלף ראוי לחוש ולכתוב אחר אבל אם כבר ניתן כיון דרבותינו האחרונים כתבו בפשט דיכול להקנות להבעל אחר הכתיבה קודם הנתינה מי יחלוק עליהם האלכתי בזה קלת אעפ"י שאיני צריך לנידון הזה שכבר הגט ניתן מ"מ אמרתי להעלות בכתב דעתי העני' בזה להשתעשע עמו וגם אם ייקרו הדברים בעיניו אולי ירצה לנהוג שלשול הזה להבא ויעשה כאות נפשו החכמה:

והנה בנידון הזה שלקח מבית הדיין הדיו עם הכלי שלא מדעתו והדיו וודאי לקח ע"מ שלא להחזיר בעיני' וא"כ כבר יצא הדיו מרשות בעליו כי המוציא כעשה כגזלן עליו וא"כ א"א לבעל הדיו להקנות לאחרים. כדין גזל ולא נתייאשו הבעלים וכו' וזה לפי שאינו ברשותו וכ"ש בזה שכבר נשתנה ומ"מ אם הי' הדיין והסופר שניהם מקנים להבעל לדעת הב"ש ריש סי' כ"ח מהני. וכן אם היה הדיין לוקח הגט בידו יתכן דמהני אבל אחרי שניתן סתם ולא עשו כרצון ומעכ"ת כי' אם באנו לסמוך על מה שאמר הרב הדיין ז"ל כי לנגד זה בן אחיו ולכתיבת הגט לא הי' מקפיד ולצוונת אחרים הי' מקפיד ולכאו' עדיף זה ממ"ש הרמב"ם והמחבר הביאו באה"ע סי' כ"ה סעיף י"ז דאם קדשה בדבר שאין בעה"ב מקפיד עליו דהוי קידושי ספק ולא וודאי דהתם הטעם דאולי היה מקפיד הוא וכמ"ש הב"ש שם בס"ק מ"ה בשם הב"ח והטו"ז וכ"ש לדעת פרישה שהביא שם דאם ש"פ וודאי מקודשת וכ"כ הטו"ז בשמו. ואפי' להתשב"ץ שהביא האבני מילואים שם דאם הוא ש"פ וודאי איכה מקודשת נראה דהיינו דווקא בסתמא דאמרינן דבשוה וודאי מקפיד אבל בזה הא קאמר בפירוש דאינו מקפיד וגם נראה דאין לחוש להא דחייבי' התם בקידושין דאולי שלא לביים אמר כן דהרי הרב הדיין זל"ל ידע חומר הענין ובלתי ספק כי כן האמת וכ"ש שהדעת נותן שלא היה מקפיד לצוונת ב"א ובמקום הגט. אלא שבאנו למחלוקת שני גדולים. דהנוב"י קמא בחלק אה"ע סי' כ"ח פשיטא לי' דהא דפסק הרמב"ם והש"ע דבדבר שאין מקפיד עליו הוי קדושין מספק היינו בדבר שאינו מקפיד כנגד שום ב"א אבל אם רק כנגד זה אינו מקפיד אבל מקפיד הוא אכל אחרים וודאי איכה מקודשת דלא עדיף מהפקר דלריך שיהי' הפקר לכל. אבל הגאון בעל אבני מילואים בסי' כ"ח ס"ק י"ט חלק עליו ואומר דע"כ דבר שאינו מקפיד אינו שרי לאחרים מטעם הפקר דהרי הפקר אסור לחזור בו ואם חזר עובר בבל יחל ורק יכול לזכות מחדש כמו אחרים ולדברי נוב"י בכל דבר שאינו מקפיד עליו בעה"ב כשיתפוץ להשתמש בו יהי' לריך לזכות בו וזה דבר זר. לכך העלה דטעם דבר שאינו מקפיד דמותר הוי כמו מתנה דחוכן ונותן דהוא חיכן ונותן לכל מי שיטול דבר קל כזה אפי' שלא מדעתו ולזה אפילו מקפיד לאחרים אם אינו מקפיד לצוונת מי שלקחו מהני יע"ש שהאריך קלת. ולפענ"ד נראה דאע"ג דאין לסמוך על סברת נוב"י ולומר דלא הוי קידושין כי יוכל להיות כמ"ש האבני מילואים אבל הכרע אין כאן לפענ"ד לסמוך להקל ג"כ דמ"ש דא"כ יהי' בעה"ב בדבר שאינו מקפיד לריך לזכות בו כשירלה להשתמש בו כמו הפקר לפענ"ד ל"ד דהפקר דווקא אסור לחזור בו ולריך דווקא לזכות בו היינו משום דכיון דאומר בפיו שיהי' הפקר ולדעת הרמב"ם הפקר מטעם נדר. אבל אם לא אמר בפיו כלום רק דאמדינן דעתי' אין איסור לחזור בו כיון שלא הוליא בשפתיו כלום דנדר גופה אם לא ביטה בשפתיו אין נדר ומ"מ מהכי ויוכל אחר לזכות כמו יאוש דמהני באבידה ותדע דאל"כ לדעת הטור בח"מ סי' רס"א דכל אבידה מדעת הפקר הוא ולזה הסכים הש"ך שם והביא ראיות לדבריו יע"ש א"כ בכל הכי דאמרו חכמים דהוי אבידה מדעת יהי' לריך לזכות והרי שם רחוק לומר מטעם מתכ' וכן המולא אבדתו לאחר היאוש האם לריך לזכות מחדש אלא כדאמרן כיון דלא הוליא מפיו שהוא מפקיר אין כאן כדר ואפילו אמר ווי לחסרון כיס ביאוש מ"מ כדר אין כאן על האבידה שיהי' מפקיר עד שכאומר שהוא אסור לחזור בו רק אומדן דעת שהוא מוליא מרשותו ואין דעתו עליו וא"כ אפשר להיות דק"ה שאין מקפיד עליו לא חשוב שהוא ברשותו ודעתו עליו ויתכן כדברי נוב"י דכל שהוא מקפיד עליו לצוונת אחרים אעפ"י

שאיננו מקפיד כגד זה לא מהני דהא חזינן דבהפקר כהאי גוונא לא מהני ה"ה דכאן לא מהני דהא אכתי לא נפיק מרשותו:

וגם לדעת הלב"מ דהוי כמו מתנה ומהני אף לטומאת אדם אחר מ"מ יש לעיין אם מהני למפרע כיון דקי"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש יעויין בב"ש ומ"כ בסי' כ"ח ס"ק מ"ג ומ"ם דסוגין איירי וודאי מכאן ולהבא דהא קי"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ל"ע דהא התם לרבא קיימינן ואיהו ס"ל דיסל"מ הוי יאוש ואולי ס"ל לב"ם דזה הוי כמו דבר שיש בו סימן דגם לרבא לא הוי יאוש ולא מהני למפרע אלא שלשונו איכו מורה כן ואפשר כוונת הב"ם דתלמודין לא הוי סתים אם לא הוי אליבא דהילכתא ועכ"פ לדידן דקי"ל יאשל"מ לא הוי יאוש ל"ע. ונראה דהיותר ראוי לסמוך בזה אחר שכבר כיתן הוא על השיכוי ומעשה דעל שיכוי רשות שבא ליד הסופר מן המביא הדיו אין לסמוך דכיון דאז עדיין לא ידע בעל הדיו שנגזל ממנו לא הוי יאוש וא"כ לא הי' קונה הסופר בשעת כתיבה וא"כ הוי שיכוי רשות ואח"כ יאוש דלא קי"ל כהרמב"ם דקני. ואולם מפני שיכוי המעשה דמעיקרא דיו בעלמא והשתא אותיות ואף אמנם גם יש לעיין כיון דבשעה שנתן הסופר להבעל הדיו עדיין לא נשתנה וא"כ לא קנה הבעל הדיו כלל ואח"כ כאשר כתב הסופר דימה שהוא כותב בדיו של הבעל ולא הי' מכוון לקנות לא לעצמו ולא לבעל. ויש לעיין אם כאמר לגבי קנין שיכוי ג"כ בגזילה וגניבה ג"כ דאם חשב שהוא שלו דלא קני כמו בעודר בנכסי הגר וסבור שהם שלו דלא קני ולא קני הסופר הדיו לא לעצמו ולא להבעל אף כשנתנו להבעל אח"כ מלבד שהיה צריך וכוון להקנות לו בפירוש וגם בפירוש מי הוא המקנה לו כיון שהמביא הדיו כבר נסתלק מ"מ נראה כיון דאף שיכוי דממילא קני דאפי' גזל בהמה והזקינה משלם כשעת הגזילה וכ"כ הקצה"ח בסי' שכ"ד סעיף ד' בפשיטות יעו"ש שתמה על רש"י שכתב בב"ק דף ס"ו ע"א ד"ה שיכוי קונה היכא דשני לי' בידים יע"ש והניח בצ"ע. ולפענ"ד נראה דקשי' לי' קושי' התוס' בדף ס"ה ע"ב ד"ה הן ולא שיכוייה' וז"ל תימא דבסמוך נפקא לי' מוהשיב את הגזילה וכו' וניחא לי' להקצה"ח לתרץ עפי"מ שמקשה בתמורה דף ו"ו לרבא דאמר אי עביד לא מהני ממתני' דתכן הגוזל למר ועשאן בגדים משלמין כשעת הגזילה ופירשו רש"י ותוס' דשיכוי קונה אלמא מהני ותיובתא דרבא ומשני שאני התם דכתיב והשיב את הגזילה. ונראה פשוט דהא דפריך דנימא בשיכוי אי עביד לא מהני דהייכו כיון דלא היה לו לשנות אלא להשיב ראוי שלא יקנהו בשיכוי דאין לו' דמאי דאמר רחמנא לא תעבוד היינו שלא יגזול דהרי אין זה לענין שיכוי שהוא משכהו עכשיו ועכ"פ א"א ללמוד זה מדכתיב באתנן הם ולא שיכויהם דאם נשתנה כשר מכלל דאי עביד מהני בגזיל' דהתם אין השיכוי איסור כלל ושפיר איכא למשרי כשנשתנה אבל בגזילה דאיכא לא תעבוד מכ"ל ולכך הוצרך והשיב את הגזילה. ולענ"ד יש לתמוה על התוס' בקושייתם אמאי לא תירצו כן. ולפ"ז י"ל דוודאי שיכוי דממילא דלא עבר אמימרא דרחמנא עתה יש יותר סברה דקני ויש ללמדו מאתנן וכי אילטריך קרא בשיכוי בידים דעבר אמימר' דרחמנא ולכך פירש"י שיכוי בידים לא למעט שיכוי דממילא רק דלא אילטריך והשיב את הגזילה רק להכי דשיכוי דממילא מאתנן איכא ללמוד. ועכ"פ כיון דשיכוי דממילא קונה דלא אמר רחמנא להשיב רק בדאית' בעיני' א"כ נראה אף שאין מתכוון לקנות מ"מ כיון שנשתנה אין כאן רק חיוב דמים ולא השבת הגוף וא"כ כיון שהבעל מסר הקלף שלו לכתוב לו הגט והסופר כתבו בשליחותו אין לבעל הדיו רק דמים על הסופר או על הבעל אבל חלק בגט אין לו שיהי' צריך להקנות לו בפירוש. והא דכתב הב"ש בסי' ק"כ ס"ק ב' דבדיו ג"כ יש קפידא בדיעבד אם לא הקנה לו הייכו כשהדיו של סופר דאז וודאי אין כאן מקום לומר דקני בשיכוי וכן אם הדיו של האשה ואיכו מתכוון לגזול כלל כי הלא יתן לה הגט ולא שייך שיכוי אבל בזה שהמביא לקח הדיו לכתוב בו ויצא הדיו עכ"פ מרשות בעלים מהני השיכוי אעפ"י שאין מתכוון הבעל לקנות מאחד והרי הוא כמו שכתב שם בסעיף ב' ובב"ש סעיף קטן ג' כן יתכן לומר אם ישבים מעכ"ת כ' עם חכמי העיר הש"י ויסכים גם כן עמכו אחי':

הגאבדק"ק פ"ב וב"ד הש"י ואם לאו גם דברי בטלים.
דברי ידידו או"כ הק' מאיר א"ש:

סימן סד

אלהי הרוחות. ישביע בלחלאות. ובשובע שמחות. ורב ברכות. לראש לדיק נשגב ה"ה הרב המאור הגדול הגאון המפורסים ונודע בשערים. סיני ועוקר הרים. אמרותיו טהורים. אהובים וברורים. כקש"ת מוהר"ר שלמה קלוגיר כ' ראב"ד ומ"ל דק"ק בראדי יע"א:

גבר חכם בעוז מכתב קדשו הגיעני לפני ש"ק העבר ואז לא היה הזמן מספיק לקרוא אותו אף כי לירד לעומקו עד מש"ק ברכתי לאורו שמה לבי ותעלוזנה כליותי בתבונתו ודבר שפתיו מישרים. והנה פקד עלי מעכ"ת כ' למהר ולהחיש תשובתו ואף כי אין הזמן עתה ללאת ידי חובת עיון כראוי מפני טרדת החג וזולתו עם כל זאת לא אעבור על מלותו אליג לפני הדרת גאונו מאשר הביא אלהים בידי ולו משפט הבחירה ואשר יבחר יקרב:

ראשית דברי קדשו חרץ משפט גט אחד אשר נשלח למקום משכן כבודו ומפני טלטול הדרך בתיבת די תלבייין (כ"ה בתחלת תשובתו הרמה ואולם בתוך מו"מ נראה כי אירע כן בתיבת די תיהויין) נפסק ראש נו"ן הפשוטה מן הרגל והחזיר הדר"ג כ' את הגט כי לא היה מקום עיגון. ואיך יהיה במקום עיגון ע"ז הרחיב הדיבור כיד ה' הטובה עליו ויצו עלי לחוות דעתי העניה בזה. והנה אין הוראותיו לריכין סעד מאחרים ורק לעשות רלון לדיק אשא ואתן בדברי קדשו בהלכה זו. הנה הביא מעכ"ת כ' דעת הר"ן בפרק המגרש דאף על גב שכתוב בגט הרי את מותרת לכל אדם אף ע"פי כן לריך לכתוב למהך להתנסבא דאם לא נכתב יש לומר שלא התירה רק בזנות ולא להנשא ולאסור נפשה על הכל רק לאיש אחד. ומלאתי בחידושי הריטב"א לגיטין דף פ"ה ע"א שהוא דעת הרמב"ן ג"כ ונראה שכן הוא דעת הרשב"א וכתב הדר"ג דלפ"ז הוי תורף ואפילו במקום עיגון יש לפסול אלא דקשיא ליה למר דאם כן בכותב טופסי גיטין דהמריט שלריך לשייר גם הרי את מותרת לכל אדם ולהר"ן היה לריך לשייר גם למהך להתנסבא וכתב שכ"ה בפר"ח. וראיתי בתשובת הרשב"א סימן אל"ף קס"ג שהביא ראיה זו להוכיח דלא מעכב אם לא כתוב להתנסבא וכקושית הדר"ג כ' וליישב זה חידש כת"ר כ"י דאע"ג דחוץ מזכותיך בעיא דלא אפסטא ולחומרא הייכו משום בנשואין איתתא לבי תרי לא חזיא ולזנות דחזיא הרי אסרה לכך איכא למימר דהוי שיור בגט. אבל אם התירה לכל אדם בזנות כיון דמותרת לכל איסור נשואין לא הוי שיור ואע"ג דאיתא להדיא בסוגיא דעל מנת שלא תנשאי הוי שיור אף על גב דמותרת אללו בזנות כתב כת"ר כ' דהייכו דמדרבנן ביאת פנויה אסורה ומדרבנן איכה מותרת לכל אדם לכך פסול מדרבנן. ולכך הקילו בכותב טופסי גיטין שא"ל לשייר למהך להתנסבא דכיון דהיא רק מדרבנן הם אמרו להחמיר והם אמרו להקל מפני תקנות סופרים את"ד. והנה כבר כתבתי שהרשב"א בגיטין כתב דגם דעת הרמב"ן כן ולהרמב"ן אין בפלגש איסור אפילו מדרבנן כמבואר בסוף תשובות להרמב"ן (ויעוין במיוחסת סוף הספר) ולדברי מר הא ל"ע הלא לר"ע ולר"ע שהקשו לר"א בע"מ לר"ע משום דעוקר דבר מן התורה וכתב הרשב"א שזה שקיים ר"ע הא למדת שאין זה כריתות דלאו מכריתות יליף דטעם משום דעוקר דבר מן התורה ולא קאמר רק דאין זה גט שאמרה תורה וכיון דבחוץ אין כאן עוקר דבר מן התורה דהא משרי שרי א"כ יהיה חוץ מנשואין לר"ע ולר"ע רק מדרבנן פסול וע"מ שלא תנשאי דעוקר דבר מן התורה מדאורייתא פסול כלשון אין זה כריתות וכולה סוגיא רהיטא דע"מ חוץ ממיר מחוץ והרי לקונן בדף פ"ה ע"א תבעי חוץ מקדושיא בשטר ולא אפשטא וחוץ מהפרת נדרים ואיכך. ולדברי מעכ"ת כ' יהיה כל אלה רק מדרבנן ולא משמע כן דעת כל הפוסקים:

ואולם נראה לפע"ד דאם אינה מתירה רק לזנות ולא בנשואין כגוונא דהר"ן ומפרש לשון הרי את מותרת לכל אדם דאינו גט מטעם אחר ומלבד חששא דשיור שהרי הרמב"ם בפ"ה מהלכות גירושין הלכה י"ב כתב דאם אמר ע"מ שלא תנשאי לפלוני דאינו גט וביארו הר"ן והמגיד טעמו משום דאסרו על פלוני לעולם והוי כמו אל תשתי יין או לא תלכי לבית אביך לעולם וביארו שם מהיכן למד וחלקו עליו הרמב"ן וסיעתו ז"ל דכיון דאחרי מות פלוני ליתא לתנאה הוי כמו ע"מ שלא תשתי יין כל ימי פלוני ול"ד לע"מ שלא תשתי יין לעולם דאגידא בבעל כל ימיה דאסורה לעולם לשתות יין ע"י אבל בבעל מנת שלא תנשאי לפלוני אע"ג דאם מת א"א לה להנשא לו ולא הותרה בו לעולם מ"מ אחרי מות פלוני אינה אגידא עוד בבעל והוי גט כשר. וזה יתכן בע"מ שלא תנשאי לפלוני. אבל אם אינה מתירה רק בזנות ובנשואין אסורה לכל אדם לעולם וא"א לה לבוא לשעת היתר לעולם וודאי הוי כע"מ שלא תשתי יין כל ימי חייכי דאין זה כריתות לכ"ע אף להחולקים. והרי"ף וסיעתו דפוסקים דע"מ תנאה הוי ולא שיור היינו על מנת שלא תנשאי לפלוני אבל ע"מ שלא תנשא לשום אדם וודאי לא הוי כריתות ולא משום שיור רק משום דבעינן דבר הכורת בינו לבינה ובתנאי זה אגידא בבעל כל ימי חייה כע"מ שלא תשתי יין לעולם יראה הדרת גאונו בעין שכלו וישפוט אם לא כן היא:

והנה הרמב"ן וסייעתו דחו דברי הרמב"ם בבעל מנת שלא תנשאי לפלוני דהוי גט והוכיחו הרמב"ן והרשב"א דעתם דהרי ע"מ דמודו רבנן הוי דומיא דחוץ דאוסרה לעולם ה"ה בע"מ כה"ג לתנא דידן שרי והרמב"ם דחה דלאו בחד גוונא נינהו וצריך להבין אמאי לא הקשו על מחוץ עצמו דהא בסוף דף פ"ג ע"ב פריך ורבנן האי כריתות מאי עביד ליה ומשני למעט ע"מ שלא תשתי יין לעולם מכרת כריתות משמע דכ"ע בעי למדרש קרא דכריתות וכן לכ"ע אית להו הך דרשה דע"מ שלא תשתי יין ואם כן קשה לר"א איך מתיר בחוץ הא אגידא בבעל ואסורה לפלוני מחמתו אבל באמת לק"מ דגם לר"א ס"ל דע"מ שלא תשתי יין לעולם אינו כריתות ולא פליגי בזה ושאני חוץ מפלוני דהרי אם נשאת לאחר ונתארמלה או נתגרשה מותרת לזה שנאסרה עליו נמצא דהוי רק כימי חיי פלוני ובזה תלוי המחלוקת הרמב"ם על הרמב"ן דהרמב"ם ס"ל דאין להתיר בע"מ רק בע"מ שלא תנשאי עד זמן פלוני ואף על גב דדומיא דחוץ קתני הרי חוץ ג"כ יש לה שעת היתר והרמב"ן ס"ל דע"מ ראוי להיות דומה לחוץ בלשון התנאי ג"כ:

ובזה יש ליישב מה דאיתא דף פ"ג ע"ב השיב רשב"א תשובה לדברי ר"א היכן מצינו שזה אוסר וזה מתיר דהלשון קשה שאין זה תשובה רק למה שמודה אל רבנן לא על דינו ומחלקותו והגאון מהר"ן אדלער ישב על פי דברי חידושי הר"ן בשם הרא"ה שהוכיח ומדאמר אביי שם דף פ"ג ע"ב דקדושי דשמעון לא אהני ומשמע שאם גירשה ראובן מותרת ואין צריכה גט משמעון כיון דלא אהני קידושיו מעתה לר"א דיליף דינו מר' ינאי מילאה והיתה לאיש אחר אפילו לא התירה רק לאיש אחד נמצא אם נשאת לאיש ההוא הרי לא אהני קידושין שלו כלום ואם כן איך הוי אסורה משום מחזיר גרושתו אבל באמת ליתא דהא אהני קידושין להפקיע זיקת הראשון לגמרי דאם ימות או יגרשנה הרי היא מותרת לכל אדם וממילא לרשב"א דס"ל דאין זה מתיר מה שזה אוסר ממילא א"א לפרש קרא דהיתה לאיש שלא התירה רק לאיש אחד ומוכח דלא כר"א אלא דבריו דפא"ח כתבתים מפני חיבת הקודש:

ואולם לדברינו הנ"ל אליבא דהרמב"ם ניחא גם אם יליף ר"א מלאיש דכיון דס"ל לרשב"א דלכ"ע אם גרשה ע"מ שלא תשתי יין לעולם אינו כריתות וא"כ איך אפשר להתיר בחוץ הא אגידא בו בבעל רק דר"א סובר דבחוץ אם נשאת לאחר מותרת לזה שנאסרה עליו והוי רק כע"מ שלא תשתי יין כל ימי חיי פלוני וכיון דלרשב"א א"א לזה להתיר מה שזה אוסר ממילא יש פירכא לדברי ר"א עצמו ובזה יש ליישב קושית הרשב"א לנ"ד דרק בחדא פליגי וממילא את"ל דבע"מ פליגי מודה ר"א בחוץ דאינו גט וא"כ ע"כ לא אמר ר"א מעולם הך ומודה דאם נשאת לאחר ונתארמלה וכו'. ולפ"ז קשה כי פריך לר"א ובמאי אי בחוץ משרי ר"א אלא בע"מ דלמא לעולם בחוץ ולית ליה לר"ט הך ומודה דהרי גם השיב ר"ט על ע"מ ג"כ לית ליה דאמר ר"א הך ומודה וא"ל דמצד סברא וודאי אית ליה הך ומודה דהרי לאו סברא פסוקה היא דהרי רשב"א פליג ולהנ"ל ניחא דאם בחוץ ולית ליה הך ומודה בלא"ה מפריך דינו דר"א ולא הוצרך לבוא מטעם עוקר דבר מן התורה כמובן. ויש עוד ליישב קושיא זו דהרשב"א ז"ל ברעיוני אבל לא צרפתיו עוד לכן לא הצגתי פה לפני הדרת גאונו נ"י. עכ"פ נראה לפענ"ד דלדעת הרמב"ן והר"ן דהרי את מותרת לכל אדם לא משמע להתירה לנשואין ולכך צריך לכתוב למהך להתנסבא אם כן מעוכבת היא להנשא לכל אדם לעולם והוי כע"מ שלא תשתה יין כל ימי חייכי דאינו גט ובין אם כתוב אותו כאומר חוץ או כאומר ע"מ לעולם אסורה להנשא לשום אדם ואין גט כזה דבר הכורת בינו לבינה והיה ראוי א"כ לכותב טופסי גיטין לשייר למהך להתנסבא:

ומ"ש הדר"ג עוד ליישב דמשום הכי אין צריך לשייר כיון שכותב הרי את מותרת לכל אדם לשמה אמרינן הוכיח סופו על תחלתו והביא ראיה מריש זבחים דבעי למימר דאע"ג דסתמא פסול אפ"ה דוקא אם שחט שלא לשמה ולשמה הוא דפסול אבל אם שחט סתמא ושלא לשמה כשר משום דאמרינן הוכיח סופו על תחילתו ומדברי הרמ"א בסימן קל"ב בסופו דאם חתם העד מקצת שמו ולא אמר לשמה ואחר כך בקצתו אמר לשמה דכשר. וקוצר ומעכ"ת נ"י דהיינו משום די"ל הוכיח סופו על תחילתו והוצרך לחלק בין להתנסבא דהוי ענין אחד עם הרי את מותרת לכל אדם ובין שמו ושמה ולהכי דצריך לשייר הכותב טופסי גיטין ולא ירדתי לסוף דעתו דאיך יתכן לומר בסופר הכותב טופסי גיטין ולא ידע עדיין מי המגרש ומי אשתו שיוכיח סופו על תחילתו וכל היכא דאמרינן הוכיח סופו על תחילתו היינו דמעיקרא היה דעתו לכך וסופו הוכיח עליו ואיך שייך זה לומר כאן בכותב טופסי גיטין והבעל והאשה עדיין בשלום יחד לומר הוכיח סופו על תחילתו ובזבחים שם שפיר קאמרי דאף את"ל דמסתמא פסול מ"מ הוצרך לשנות שלא לשמה ולשמה דאם שחט סתמא ולשמה היה כשר דאמרינן מן הסתם חשב גם בתחלה לשמה דסופו יוכיח עליו ואפשר דאפילו יאמר השוחט דבתחלה שחט סתמא אינו נאמן ואפילו הוא בידו וכ"ש אם שחט ישראל סתמא ולשמה דאין בידו דמקבלה ואילך מצות כהונה אזי לאביי בהנזקין ואפשר דאפילו לרבא אינו נאמן כיון דאמר בסופו לשמה אבל בכותב זה שוודאי לא היה כותב לשמו ולשמה דלא ידע כלל שמותיהם מה יוכיח סופו על תחילתו ועוד הרי אפילו כתב הסופר לשמה אינו גט עד שישמעו את קולו כו' כדאיתא בפרק מי שאחזו ובדברי הרמ"א בסוף סימן קל"א אין הטעם כלל משום דהוכיח סופו על תחלתו דהרי הגה"ה זו הוא מדברי התה"ד ושם קאי לא בלבד לענין לשמו כי גם לענין חק תוכות ושאר פסולים ומפלפל שם כן ועיקר טעמו משום דעדים שכתבו רק איש פלוני עד או בן איש פלוני עד כשר. ועוד שהיא דרבנן דאין העדים חותמין על הגט רק מפני תיקון העולם וכמ"ש הרמ"א בסימן ק"ל סעיף י"א ובב"ש שם ומ"ש בב"ש בסימן קל"א סעיף קטן י' כ"ע קצת ומשמע מדברי תה"ד להדיא דאם היה דאורייתא היה פסול ולא אמרינן הוכיח סופו על תחילתו:

ורציתי לומר דמ"ש הר"ן וסיעתו דצריך לכתוב להתנסבא דהרי את מותרת לכל אדם לא משמע רק בזנות אין כוונתו דוודאי משמע הכי והלשון מוכיח כן דאדרבא יותר יש במשמע בלשון הרי את מותרת לכל אדם שהוא סתירה לגמרי ולא קאמר הר"ן הכי רק למאי דקי"ל ידים שאין מוכיחות לא הוויין ידים ובעינן ודן ובן עינאי ה"ה דצריך ג"כ לכתוב למהך

להתנסבא (אבל לרבנן דאמרי) שיהיה מוכיח שהוא מתירה לנשואין והרי ר"י הוי דקאמר לה במתניתין דת"ק קאמר גופו של גט הרי את מותרת לכל אדם ור"י אומר ודן כו' למהך להתנסבא אבל לרבנן דאמרי דלא צריך ודן ולא מנאי לפום סוגיא דגיטין פ"ה דלמהך להתנסבא נמי לא צריך דכיון דידים שאינן מוכיחות לדידהו הוי ידים. ולפ"ז ממילא מיושב הא דלא קאמר בכותב טופסי גיטין שצריך לשייר למהך להתנסבא אע"ג דצריך וע"כ משום דפלוגתא לא קמיירי ואם כן מהאי טעמא נמי למהך להתנסבא רק שקשה לחדש מחלוקת אחרות בין ת"ק לר"י מה שלא הוזכר בגמרא ולומר דהר"ן יסבור כן .

עוד עלה ברעיוני לומר דזה שכתב הרמב"ן והר"ן דהרי את מותרת לכל אדם לא סגי דאיכא למימר דלא התירה רק בזנות היינו משום דאינהו ס"ל דאין בפנויה איסור תורה ולהרמב"ן אפילו מדרבנן שריא וא"כ שפיר איכא למימר דהרי את מותרת דכתב לביאת פנויה אבל לר"א דאמר פנוי הבא על הפנויה עשאה זונה וכתב הרי"ף דלדידיה וודאי איכא איסור תורה בפנויה א"כ איך נאמר דהרי את מותרת בזנות קאמר דאסורה מן התורה וא"כ לר"א וודאי מפרשינן דהרי את מותרת לנשואין קאמר והרי מתני' דהתם. את"ל דצריך שיניח הרי את מותרת לכל אדם ר"א היא ולדידיה א"ל להניח למהך להתנסבא כאמור:

ולפמ"ש בנודע ביהודה קמא סימן פ"ה ותניינא סימן ק"ג דהא דקאמר הרמב"ן דאם לא כתב הרי את מותרת הגט פסול היינו אם הבעל כתבו או סופר מפיו וזה דווקא אם הבעל מערער ואומר דלכך לא כתב הרי את מותרת לכל אדם שכיון לשייר זנות. אבל זולת אלה לא פסול הרמב"ן והכריח כן דאל"כ אמאי החמיר הרמב"ן לומר דגם אם נישאת תלא הא איכא ספק ספיקא אולי כיון הבעל להתירה לגמרי ואת"ל שלא התירה רק לנשואין ולא לזנות דלמא זנות לא הוי שיור דהא אבעי' דלא איפשטא אע"כ דהרמב"ן לא פסיל רק בדאתי בעל ומערער. ולדבריו ז"ל הא דאמרינן דצריך לשייר הרי את מותרת לכל אדם בכותב טופסי גיטין כיון דאם שתק הבעל ולא מערער כשר הגט ומאי תיתי יהיה צריך לכתבו לשמה רק הא ליתא דכיון דלא שיור וכתב למהך להתנסבא לשמה כמשפט מה שאין כן בכותב טופסי גיטין שפיר קאמר שמוכח דצריך שיניח מלבד מה שהוזכר במתני'. עוד יניח גם כן הרי את מותרת לכל אדם מעתה כיון דהנו"ב אומר להרמב"ן לענין הרי את מותרת לכל אדם דלא פסיל רק בבעל מערער אף הכי נאמר כן לענין למהך להתנסבא להר"ן שכתב דאע"ג דכתב בגט הרי את מותרת לכל אדם מ"מ צריך לכתוב ג"כ למהך להתנסבא היינו דאם לא כתיב אם הבעל מערער ואמר שלא התירה רק בזנות יש לחוש לערעורו וכמ"ש הנו"ב וכיון שאינו רק מחמת ערעור הבעל לא צריך לשיירו כיון ששייר הרי את מותרת לכל אדם ואי לא אתי בעל ומערער הרי הוא כשר גם אם כתוב למהך אף כתבו שלא לשמה כשר וכ"ש דהרי לא יבא הבעל לערער כיון דבאמת כתוב בו למהך להתנסבא איך יערער . אכן מ"מ לבי מגמגם בראיית הרב נב"י שכתב דאיכא ס"ס אולי כיון להתירה לגמרי וגם אם כיון לשייר זנות הא הוי אבעי' דנראה לכאורה את"ל דלמהך להתנסבא לא משמע רק נישואין ולא זנות גם אם כוונת הבעל לגמרי מ"מ אינו מועיל כיון דבלשון שבגט מורה רק נשואין מה יועיל רצונו וכוונתו וכי בדיבורא יגרש אם כדברי הנודע ביהודה למה הוצרך הרמב"ן לכתוב הרי את מותרת לכל אדם יאמר כן בשעת המסירה לפני עדי מסירה ואולי יאמר הגאון נודע ביהודה דא"כ אם כותבו לפני עדי מסירה לא צריך אלא זמנין דמייתי עדי מסירה או אזלי לנ"ה כדאיתא בהשולח. ועוד להרי"ף וסיעתו אם יש ע"א א"ל לעדי מסירה גם על הספק השני אולי שיור זנות אינו פוסל מאחר דהוי אבעי' דלא אפשיטא יש לדון לפמ"ש למעלה לחלק לדעת הרמב"ן בין ע"מ שלא תנשאי לפלוני ובין שלא תנשאי כלל דגרע משום דאגידא ביה לעולם א"כ יש לעיין בחוץ מזכותיך ראוי ג"כ להיות דוקא לפלוני אבל זנות לגמרי הוי שוה לעל מנת שלא תשתי יין לעולם אבל הא ליתא דאת"ל דחוץ מזכותיך שיור לא הוי א"א לפסלו משום דבר הכורת בינו לבינה דהרי אם תנשא לאחד ותתאלמן או תתגרש תהיה מותרת בזנות גם כן דקידושי שני מנתק ממנה זיקת בעלה ראשון ועכ"פ אם דברי הנו"ב אמת לדעת הרמב"ן בהרי את מותרת לכל אדם יתכן לומר כן להר"ן בלמהך להתנסבא דלא צריך רק לבטל ערעור הבעל ולא קשיא מהך דכותב טופסי גיטין כן כלפענ"ד וזה נוטה לדעת הפר"ח שהביא הדר"ג כי' :

ולפ"ז למהך להתנסבא הוי רק טופס ואולם את"ל דהוי תורף מ"מ מלת די תלבשיין וודאי לא הוי תורף ואדרבה יש לתמוה למה הוצרך כלל להכתב אפי' לשיטה דשטרי ומ"ש והרי את מותרת לכל אדם ולא נכתב ונאמר שתרצי (ואולי תקנו כן שלא נצרך להפקיע קידושין אם יקדשנה איש בע"כ כדאיתא בפ"ה ולכן לא הוצרך להכתב בהרי את מותרת לכל אדם דאינו רק משום זנות) ואולי תקנו כן משום חייבי לאוין כגון אלמנה לכה"ג דלא נאמר שלא התירה רק לכשרים לה ולא לחייבי לאוין וכמ"ש לענין התירוה להנשא. אבל ראיתי בחידושי הרמב"ן שכתב לסתור דעת י"א שא"ל הרי את מותרת לכל אדם משום דזנות בכלל להתנסבא כמו בהוראת ב"ד וכתב הרמב"ן דא"כ כיונא ששייר אלמנה לכה"ג. ואע"פ שכתב לה לכל גבר די תלביין התם נמי הרי התירה להנשא לכל מי שתרצה עכ"ל הרי להדיא לענין אלמנה לכה"ג אם היה חשוב שיור לא הועילו בלשון די תילביין ואחרי כי נראה די תילביין אינה מעכבת אם לא נכתבה ואפ"ה אמרינן דצריך לכתוב תלתא יודין מוכרח כדברי הב"ש דגם בדבר שא"ל לכתבו עכ"פ צריך לדקדק בה שלא יגרום השינוי למשמעות הגורם שינוי ענין הגט ומיהא בלא"ה דקדקו כן רבותינו הרמב"ן והר"ן והריטב"א בחידושיהם מראשית דברי אביי דקאמר דצריך למכתב ודן בלא יו"ד אע"ג דלאביי ס"ל ידים שאין מוכיחות הויין ידים וא"ל למכתב ודן אפ"ה אם כתבו צריך לדקדק לכתבו בלא יו"ד דלא לשתמע ודין וזה כדברי ב"ש בסימן סכ"ו . ונראה לפענ"ד דאף להסוברים דבעינן למהך להתנסבא מ"מ די תיהוויין אם חסר אפ"ה כשר כיון שכותב תרוכית יתיכי ליכי די רשאה ושלטאה וכו' הרי כותב שהוא מגרש אותה אשר רשות וממשלה בידה להנשא ולמה יפסול ואע"ג דאם כתב די תיהוויין בשני שינות יש פוסלין כבר כתב הט"ז דהיינו בשלא ניתן הגט עדיין. ונראה מדבריו במקום עיגון אף לדידהו נותנין אותו. ולכך סתם הב"ש וכתב דיתהויין הוי טופס. ואולם הדר"ג כתב כיון דאפי' במקום דחסר כשר השינוי פוסל. וכאן הוי שינוי שחסר הנו"ן כי תהוי בלשון ארמי הוי לשון נסתר וכמו שתרגום אונקלוס אם היו תהיה לאיש תהוי כמ"ש בחידושי אנשי שם במרדכי (והוא ט"ס של"ל כן בתשובת רילב"ח שבמרדכי שם) ואולם הרי הרשב"א והר"ן הביאם הב"י בסי' קכ"ו בשם בעל עיטור דאם כותב די תהווי את רשאה כשר ועדיף טפי ואם תהוי לשון נסתר או לשון זכר אמאי יהיה עדיף טפי האמנם בנביאים נמצא כמה פעמים עתיד לנקבה נמצאת תהיה מ"מ הרי מדברי העיטור מוכח דשייך גם לנקבה נמצאת תהוי ואף דהעיטור כתב תהוי את. אם היה לשון נסתר או לשון זכר דווקא לא היה העיטור אומר דעדיף טפי וכ"ש בזה שהנו"ן היא כתיבה כתקנה אלא שנפסק א"כ ולזה נראה דוודאי שלא במקום עיגון אין ליתן גט כזה. אבל במקום עיגון היה כלפענ"ד לעשות כדברי נודע ביהודה תניינא בסימן ק"ג שיתנו השליח לאשה תחילה ואח"כ מהיות טוב ולתקנו ולמסרו שנית ליד האשה ומה שתמה על זה הדרת גאונו דאיך אפשר כן בגט שע"י שליח דהבעל והסופר אינם לפניו ואיך יתקננו אחר מבלי צווי'. הנה זה סברת הריב"ש שהביאו הב"י בסימן קכ"ו אבל הרי הטור בסוף סימן קכ"ו הביא תשובת הרא"ש שאם יש מקום עיגון כגון שהולך למקום רחוק יאריכו הזמן כי מסתמא הבעל צוה לכתוב כתקנת חכמים ואם לא כתב הסופר כראוי ניחא ליה שיתקנוהו על זה יש לסמוך בשעת הדחק וא"כ הטעה כדברי הרא"ש ז"ל וגם הטור ז"ל שהביאו בדבר שמצד הדין כשר לא הפסיד זא

דעת הנודע ביהודה ז"ל וכן אפשר להורות בזה במקום עיגון כן נראה לפע"ד להלכה ולא למעשה:

ובדבר הספק אשר נסתפקתי אם מהני תביעה להכשא שתוכל לספור שבעה נקיים אע"פ שהכלה לא ראתה מעולם את החתן דאולי עיקר החימוד כשתראה אותו ומורי הגאון בספר חתם סופר האריך להתיר וכתב הדר"ג דנעלם ממנו סוגיא פשוטה דיומא דקאמר דרבנן שליחא משדרא ואם היה הדין שצריך לראותו אולי לא הכיר האשה ולא ראתה אותו מעולם תמה אני איך החליט שנעלם מן מורי הגאון זצ"ל דנהירין ליה שבילי התלמוד סוגיא זו ובפרט שהב"י בסימן קצ"ב פלפל בסוגיא זו והביא דעת הרמב"ם והרשב"א בפירוש יחודו מיחדי להו ואיך יתעלם סוגיא זו ממי שלמד הלכות נדה. ואולם פשוט שאין ראיה משם דגם אם אין הנשים יודעות דין זה מ"מ שלוחי דרבנן הגידו ושאלו לאשה שהזכירה עלמה להיות ליומא וכן לדעת הט"ז פשוט שאין ראיה משם. יזכהו ה' להראות לפני ה' אשר משכן כבודו שם כאות נפשו הקדושה ואות נפש אוה"כ:
הקטן מאיר א"ש:

סימן סה

שנית להגאון הנ"ל על ענין הנ"ל:

אמרותיו הטהורות הגיעוני וארא והנה הניף ידו על הדברים אשר הצעתי לפני הדרת גאונו כי' ובעים רוח מבינתו הרחבה לרבו עד כי כמעט לא נשאר מאומה ולולא כבודו הרמה כקוגותי' אחור מכתוב עוד בזה כי לא לכלוח באתי וגם טרדות רבות בכמה ענינים אבל גאון תפארתו הרמה פקד עלי לכתוב עוד בזה לפע"ד ומצותו חובה עלי:

הדר"ג כי' כ' במכתבו ותשובתו הרמתה הראשונה כי גם לדעת הסוברים דצריך לכתוב למהך להתנסבא מ"מ לא בעינן נכתבו לשמה דאינו שיעור בגט אע"פ שאסור' להכשא ומאומתו והשבתי אליו דא"כ יהי' לר"ע ולר"ע ע"מ חמור מחוץ ומעכ"ת כי' השיב דאין בכך כלום אם לדידהו חמיר אליבא דר"א קיל חוץ ומע"מ ע"ז איכנו כדון עמו אם ישר בעיני כבודו יהיה כן. ואולם עוד כתב הדר"כ כי הם לא הקשו רק לר"א לשיטתו דס"ל דפנוי הבא על הפנוי' שלא לשם אישות עשאה זונה דלדיד' וודאי זנות אסור בפנוי' מד"ת וא"כ השיב נשואין שיור לדבר זה יקלא נא אדוני כי ר' אליעזר דשמעתין אשר היה ביוני ר' יהושיע וחביריו ס"ל ביבמות דף ס"א ע"ב דזונה כשמה ופירש"י דהיינו אשת איש והוא ר"א בן הורקנוס אבל ר' אלעזר בן שמוע הוא דס"ל שם דף ס"א ע"ב פנוי הבא על הפנוי' עשאה זונה וכן הוא מוזכר שם בסוף בין תנאים האחרונים חבריו ואע"ג דבמקלת ספרי ש"ס גם שם מוזכר ר' אליעזר ביו"ד טעות הדפוס היא וכן הגי' כבר שם ביבמות דף ס"א הגאון מהר"י פיק ר' אלעזר וכן הוא מוזכר בכל מקום בסברא זו דפנוי בלא יו"ד ולזה כתבתי במכתבי העבר דלכך לא צריך שמואל להזכיר דצריך לשייר למהך להתנסבא משום כיון דזנות אסור מדאורייתא' לר"א דס"ל ע"מ כרתי (דהוא ג"כ ר' אלעזר בלא יו"ד) אם כן אם אומר הרי את מותרת לכל אדם וודאי בנשואין עיקר הכוונה אחרי דזנות אסור מד"ת:

ועל אשר אמרתי דאת"ל דהרי אמל"א אינו מתירה רק בזנות ולא בנישואין יש כאן איסור וודאי ולא הוי כריתות כע"מ שלא תשתי יין לעולם ובזה מודים החולקים על הרמב"ם בע"מ שלא תנשאי לפלוני וע"ז הרבה הדר"ג לתמוה שלא הרגשתי דבע"מ שלא תשתי יין דכיון דאם עברה על התנאי בטל הגט כולו לזאת באומר ע"מ שלא תשתי יין כל ימי חייכי אין זה כריתות אבל באומר חוץ ולא בתורת תנאי וכן בנידון של הר"ן אם לא כתב למהך להתנסבא די"ל דלא התירה רק בזנות ולא בנשואין אין זה בתורת תנאי וכיון דגם אם תעבור ג"כ לא תתבטל הגט שפיר הוי כריתות וכתב דבזה נסתרו כל דברי ואין צורך

לראי' כלל תחילה אני אומר על הגוף הדין שאנו דנים אחריו כי יש כ"מ גדולה בזה בדין ערוה צריך להתישב בזה ולבקש רק האמת ולהעתיק מקלת דברי קדשו במכתבו הראשון אחרי שכתב הדר"ג דכל שאינו עיקר גירושין אעפ"י שצריך לכתבו מ"מ אין צורך לכתוב לשמה דווקא וכתב וז"ל ולכן הרי את מותרת לכל אדם כיון דאינו בלמהך להתנסבא הוי שיור עכ"ל אבל אם התירה בזנות לכל אדם ורק להנשא' לא התירה כיון דעכ"פ מותרת לכל אדם לזנות אין זה שיור בגט דהרי באומר חוץ מזנותיך כמי מבעי לן בש"ס ויש סברא לומר דלא הוי שיור אלא תנאי א"כ ג"כ להך סברא דהוי שיור הייני רק בזה דלנשואין דא"א רק בחד וכו' וסיים גאון תפארתו מיהו לכתבו צריך דבלא"ה יכול הבעל לומר דהוי כתנאי בעלמא. הנה שיכה ושילם הדר"ג דאם לא הוי שיור דהוי תנאי וכן בדין דברור לרבנן דפסלי שיור בגט כל שאינו שיור באיזה כח יכול לאסור עליה באומרו חוץ בדבר פלוני וכי יעלה על הדעת כי הבעל יוכל לומר אמל"א חוץ שלא תשתי יין ויהיה היין אסור עליה מכח אמירתו חוץ בלא תנאי ובכל האבעי' דבעי לקמן פירש תלמודן דשייך לכל אישות ויהיה שיור. אבל אם איננו שיור במה כחו גדול לאסור עליה אם לא מפני תנאי וכל שאינו שיור אז באמת דבריו בטלים כיון שלא אמר בתורת תנאי ובמשפטי התנאים או שאנו דנין דבריו בתורת תנאי אף שלא הוציאו בלשון תנאי (דומיא דהתקדשי לי במנה וכתן לה דיכר דפ"ק דקידושין אף דלא דמי ממש) אבל שלא יהיה שיור ואפ"ה יהיה כח לבעל לאסור אותה שלא בתורת תנאי רק מטעם חוץ א"א כלל לפעכ"ד וזה היה גם כן דעת הדר"ג לפי הנראה בתשובתו הרמתה וקלת ראיה לזה מתוס' בגיטין דף פ"ב ע"ב ד"ה אפילו לא נתגרשה שכתבו בסוף דבריהם להקשות לר' אבא לפי מאי דמבעיא ליה בקידושין היאך וזה אינו קושיא כ"כ כיון דבאמת בתר דבעי' הדר פשטא ואמאי לא קשיא להו בתר דפשטא ג"כ דהרי אבעי' דחוץ מכולדים וחוץ מבעל אחותך לא אפשטא וכ"פ הפוסקים דהוי ספק מגורשת וא"כ הוי מלי בתחלה להקשות לרבנן ג"כ בגירושין אם גירשה אחד חוץ מכולדים ושני אחים אלו אחד כולד לאחר הגירושין וכשאה זה שהיה בעולם בשעת גירושין ובמותו תפול לפני אחיו שלא היה בעולם בשעת גירושין ואסורה עליו משום א"א ופוטרת לרתה וכן בסוף דבריהם משכחת לה כה"ג בקידושין דכיון דבגירושין לא הוי שיור לכאורה ה"ה בקידושין אע"כ דאת"ל דכולדים ובעל אחותך לא הוי שיור איכה אסורה עלי' כלל רק בתורת תנאי וכבר כתבו התוס' שם דבתנאי וודאי לא הוי דומיא דאחות אשה ויש לעיין עוד בזה אבל עכ"פ נראה דאם נישואין לא הוי שיור אם כותב הרי את מותרת לכל אדם אין לאסור נשואין רק מתורת תנאי ולא בתורת חוץ כמו שאין שייך לומר חוץ שלא תשתי יין ואם כאמר דיין אין זיקת הבעל אוסרה גם נשואין דלא שייך בא"א הוא מפני שאין קידושין תופסין בה אבל כל שהיא פנוייה איך יכול לאסרו לנשאה אם משייר אין זה כריתות (וכ"כ הב"ש בשם פרישה בפשיטות) ואם בתנאי איכו גט דאין זה כורת בינו לבינה לעולם גם לדברי הדר"ג כיון דתנאי הוא אם תנשא יתבטל הגט למפרע:

והנה להתבסס ממנו וכדאמרי איכשי אלקפטא כקטן ריחא אתלי ליד כתבתי עוד לייש בסוגיא ההוא לדעת הרמב"ם נשון השיב הרשב"א לדברי ר"א ולפעכ"ד הדברים נכונים וכך אני אומר כיון דחזינן דרשב"ע השיב על ר"א כריתות דבר הכורת בינו לבינה הא למדת שאין זה כריתות הרי לדברי רשב"ע חוץ לא הוי דבר הכורת בינו לבינה ולכך פוסל בחוץ ולעיל דף כ"א ע"ב איתא דע"מ שלא תשתי יין פסול בזה הלשון דלא הוי דבר הכורת בינו לבינה לזה אמרתי דיתכן דלכ"ע פשיטא להו דאם לא היה כונלא כלל היתר בחוץ וודאי הוי ממעטינן חוץ לפלוני משום דאיכו כורת בינו לבינה ואע"ג דאם תעבור לא יתבטל הגט מ"מ הרי אסורה כל הימים מחמתו לפלוני שאסרה עליו ואגידה בבעל מקרי (וכסברת רשב"ע) וע"כ לא פליג ר"א רק משום דס"ל דאם נשאת לאחר מותרת לזה שאסרה עליו ולדעת הרמב"ם אין זה דבר הכורת וכו' ור"א וכן

איך רבנן דלא הסיבו לר"א מכריתות כראב"ע טעמיי' משום דכיון דר"א מתירה לפלוני אם נשאת לאחר מקרי שפיר דבר הכורת וכו' ולזה רשב"א דס"ל דאין זה אוסר וזה מתיר וודאי הוי תשובה לדברי ר"א עלמו לדעת הרמב"ם ולפענ"ד דברים ישרים המה ואם היה כ"מ לדינא הייתי אומר שהמקיל בזה לריך להביא ראיה מכרעת אלא שאין זה רק למו"מ של הלכה דאנן קי"ל כרבנן ולדידהו כל דהוי שיור אינו כריתות וכל שאינו שיור אם אמרנו שלריך לקיים דברי הבעל אינו רק מתורת תנאי כדאמרן ובע"ם הדר"ג במכתבו הראשון:

ומה שהשיג הדר"ג על דברי הגאון מהרכ"א זצ"ל הנא דבריו מוכרחים לר' ינאי דיליף טעמא דר"א מוילאה והיתה לאיש אעפ"י שלא התירה רק לאיש אחד וא"כ מאי מהני קידושין דהאי איש שהתירה דליתסרא אח"כ משום מחזיר גרושתו לב"ש בתרי לאווין או בלאו ועשה הרי קידושיו אינן קידושין כלל וגם הרי כתב רחמנא והיתה ומזה ילפינן כמה דיכים בקידושין דהוי קידושין ניכהו ולא הבנתי כלל מה שכתב הדר"ג דאיירי שהתירה לו בזכות וע"כ כיון דע"י קידושי שני מנתק זיקת בעלה הראשון ואינה אסורה רק מחמתו שפיר מהני קידושיו ולא דמי להך דאביי דע"י קידושי שני לא מנתק קידושי הראשון. גם מה שהשיב המשכיל דהרי על בעלה הראשון הכה אנן לר"א קיימינן ומלבד דהוא שמותי התלמידי שמאי הרי כתבו התום' בסוטה דף ג' ע"א ד"ה ר' ישמעאל דר"א ס"ל כב"ש דלא יגרש אדם את אשתו אא"כ מלא בה ערות דבר ובלא"ה אסורה לו ומחזיר גרושתו אילטרך לעבור בלאו ועשה ואע"ג דמסוטה תפסי קידושין ועתה לא יתפסו קידושין בעלה בה מ"מ לריך שיהיו הקידושין אוסרין דבר המותר ודברי הגאון נכונים:

בענין הוכיח סופו על תחילתו לא אטריח עוד הדר"ג כי' עיניו חזו דברי תה"ד אשר משם מקור דברי הרמ"א ולא נמלא זכר מזה וגם הב"ש כתב שכ' בפירוש מקלת שלא בשמה ואולם דבריו ז"ל ל"ע במה שחילק בין שמו למקלתו דלכאורה אין הכוונה ברמ"א רק מקלת חתימתו ושמו ושם אביו בכלל שמו הן ומה שהשיג דאינו ס"ס במקום חזקת א"א כמו שהשיג הפ"י אם הוא ז"ל השיג הרי הפלאה ספ"ק דכתובות קיים דבריהם ויש לפענ"ד בזה דברים לחלק ואין כאן מקומם ואולם גם מבלעדי הס"ס יתכן לומר דהרמב"ן בלא כתב למהך להתכשרא היינו דוקא בערעור הבעל וכמ"ש העיטור בשאר דקדוקים דאמר אביי סוף המגרש ומ"ש להביא ראי' להרמב"ן והר"ן מדפסע מאבא ואביך כמבואר בתשובתו הכה מלבד דרבא ור"כ דברו יחד עוד אינו מובן דהא קי"ל כר"א דע"מ כרתי וגם מה שייך כאן שחתמו בקר מאין ידעו הם מה שיאמרו בשעת נתינה דא"כ כל תנאי דעלמא נמי הרי גט כתוב סתם והוא מתנה בשעתו מה שירלה וגם נראה רחוק דמתני' דמיירי מדין שיור נקטה אבא ואביך דכשר לאפוקי אחר דפסול משום חתימת העדים מ"מ אם נכון הדבר לפני הדר"ג יהי' כן:

ובגוף השאלה כתבתי להלכה ולא למעשה הכלפענ"ד אם מפני כי תרוכית יתיבי ליכי רשאה וכו' משמע ג"כ שרשות בידה להנשא ומ"ש הדר"ג דלריך שיהי' מובן דבגט זה מגרשה הרי לכך כותבין ודין דיהוי ליכי מינאי ס"ת וכו' וכ"ש דעיקר התיבה בתובה ורק אירע הספק באותו כו"ן ולא נרחיק מחלוקת בין הרשב"א דאינו מלריך כלל ובין הרמב"ן ומ"מ להורות למעשה חלילה הן אם אירע המעשה לפני והייתי מסכים להקל והי' נשמע לי כי הדר"ג פוסל הייתי נסוג אחור ממעשות מעשה וגם אם לא טעם ההיתר אף כי עתה שהמעשה אירע לפניו והדר"ג מחמיר ורואה סברתי ולא קבלה אהי' מקיל ח"ו:

מה שכתבתי לזכות דברי הבו"ש מדברי תשובת הרא"ש והביאו הטור לפענ"ד נכון דלא שייך כאן לומר עשו עדים שליחותן כיון שהרא"ש מתיר לעדים אחרים מטעם דכוונת הבעל לגרש ובוודאי שאף הרא"ש לא קאמר רק בדבר שאינו מעכב

טעם מהיות טוב ירבה ד' לו טוב וחסד כל ימי חייו וירבה שנותיו בנעימים ויחזו עיניו בנפשו היקרה ובצאצאיו כולם ובפרט בבן יקיר לו כל משאלות לבבו הטהור עד כי יבן ד' מקדשו כמו רמים ויעמוד הכהן לאורים ותומים כחפצו וחפץ אוהבו כנפשו כל הימים: הקטן מאיר א"ש:

סימן סו

שאלה להגאון חת"ם זצ"ל:

(יעויין בח"ם אה"ע. סי' כ"ח כ"ט):

ילמדנו רבינו כי' זה שנתים ימים ויותר אשר גירש אחד אשר נלקח ללבא הקיר"ה בגט פטורין מוחלט רק שאח"כ נתקשרו יחד שמתנין עליו זמן קלוב ביניהם ובתוך כך שב הבעל המגרש ברשיון מן שרי הלבא על זמן לביתו והיה עם אשתו ולדברי' הוגד לה אז הגט היה על תנאי אם לא ישוב ואחרי כי שב בטל הגט וספרה נקיים וטבלה ונתעברה וילדה ומתנו ובכלות זמן הרשיון שב הבעל ללבא המלחמה והאשה עגונה כי לא נודע מקומו אי' וכבר נשאל אדמ"ו הגאון כי' ע"ז אבל השאלה היה שהגידו בבירור לפני היחוד להאשה ולהבעל כי הגט בטל והשיב אדמ"ו אחרי אשר פלפול בדברו תשובות הרא"ש שהביא המל"מ בפ"י מ"ה גרושין והעלה כיון דההוכחה היתה קודם היחוד כמו בעובדא דהרא"ש דמיירי שבטל הגט קודם היחוד רק אח"כ חפץ לבטל הגט אבל הביטול קודם לכן היה ויש הוכחה שלא בעל לשם קידושין לפני היחוד ולכך לא חיים הרא"ש וה"ה כאן שההוכחה היה קודם היחוד דודאי לכך ספרה וטבלה מפני שחשבה שהגט בטל דאל"כ איך תשוב להאסר ככבלי העיגון אחרי התאמלותה לנתק כבלי' מעל' בגירושין. עוד כתב רבינו כי' דאם היה לשם קידושין אין דרך לקדם ולישא בפ"א בביאה זה כוונה הב"ש סי' קמ"ט סק"א והריב"ש בסי' ה':

והנה במה שקיים רבינו לד ההיתר מפני הקידושין והנשואי' אין דרך לקדם בביאה סתם רבינו הדברים בודאי אין כוונתו דדוקא במלא מונין מפני שהיתה כבר ארוסה חיישינן דהרי הב"ש שם לא הקשה על מה שהעתיק הרמ"א דאף בלא ידעינן שבעל רק שנשאת אפ"ה חיישינן ולא כתב כלום על מ"ש הב"י א"כ דינא דמתני' דקי"ל כב"ה בנתגרשה מן הנשואין אפי' רק נתייחדה חיישינן שמא בעל לשם קידושין ולא אמרינן דוודאי לא בעל שאין דרך לעשות נשואין וקידושין בב"א והב"ש לא הקשה רק על מה שכ' הרמ"א דבנשאת אפי' בנתגרשה מן הארוסין אמרי דודאי כבעלה וע"ז כ' דאם קידש אין כאן ספק ואם לא קידש ונשא כיון שלא עשה כדרך אין מעשיו ראי' על הבעילה אבל וודאי לא חלק על מה שכתב המחבר שם בסעיף ב' מיד בנתיחדה חיישינן לקידושין אם נתגרשה מן הנשואין ואפשר הטעם דגם אם לא בעל לשם קידושין איסורא עביד ומכות מרדות על כתפי' על שנתיחד עם הפנוי' שגזר דוד וב"ד וא"כ יותר י"ל שבעל לשם קידושין דלא ידיעא כ"כ איסורא:

ובירור בעיני שכוונת אדמ"ו הגאון כי' דודאי בנתיחדה מן הנשואין אף בזה"ז חוששין אבל כל שיש מקום לומר שלא שיכה לעשות מדרך כל הארץ יותר יש לומר כן דוגמא שכתב הב"ש וכן הריב"ש דקאמר להקוברים דחשש קבלונות משום דאמרינן דקידש מתחילה וחיישינן למיעוט דלא מקבלי אלא א"כ קידשו וקאמר הריב"ש דמ"מ אין לו לטעון שקידש בביאה תחילה דהא אין ראוי לקדש בביאה וודאי אף הריב"ש מודה בנתגרשה מן הנשואין חיישינן בזה"ז ג"כ בנתייחדה רק התם דלא באנו לחוש לקידושין בקיבלונות רק משום שאולי הוא מן דלא מקבלי אלא א"כ קדשו וע"ז קאמר הריב"ש מ"מ אין לחוש לקידושין בביאה כי מן הסתם לא שיכה מדרך העולם וכל עלמנו לא חששנו לקידושין רק מפני דרך העולם דמקדשי' והדר מקבלי וא"כ בנידון דידן דאיכא למימר דהוא סבר שהגט בטל

ולכך נתייחד ובעל שוב אין נכון לומר שבינה לעשות ומדרך כל הארץ ואולם זה כפי הצעת השאלה שראיתי בכתב תשובת רבינו הגאון כי' שנראה ממנו שנודע בוודאי שהיה כך באומרו בבי הישוב להבעל ולאשתו לפני היחוד שהגט בטל ולכך ספרה וקבלה אבל אין אתנו יודע מזה בבירור רק האשה מספרת כך ואולי אפשר ימצאו קרובים או נשים ידעו אפשר מזה אבל עדות אין כאן שהגידו כך להזוג וכיון שיש כתב מעשה ב"ד לפנינו שהבעל גירש בלי שום תנאי רק אח"כ הי' קישור ביניהם ונשתמא הב"ד כתורה עשו והגידו להבעל ולהאשה בשעת גירושין שיכוונו לגרשה גירושין גמורים א"כ מה"ת נאמר כי שכחו אח"כ מה שעשו לפני ב"ד ואף כי נתרצה האשה תחלה להתגרש אולי אח"כ חזרה בה וכדאיתא בירושלמי שהביאו התוס' בגיטין פ"ק ושאר הראשונים אפי' במגול ומ"ש ולדעת קצת שהביא הב"י בסימן ק"מ אפילו במומר חוב היא לה באופן שאם אין כאן עדות ברור יורנו רבינו הגאון כי' אם יש להתירה לעלמא עפ"י אומדנא ואם הבעל אומר ביחוד מן הכבואין שלא בעל אני מסתפק אם היא צריכה גט דהרי אע"ג דאמרינן הן הן עדי יחוד ובעל לשם קידושין מ"מ אינו אלא ספק וא"כ אמאי לא יהי' נאמן לומר שלא בעל מגו דאי בעי מגרשה וכאן לא שייך אפי' סברא זו דלא בעי לפסלה לכהונה כיון דבלא"ה גרושה היא וכהי דאם לאחר היחוד לא אמר כלום ואח"כ אמר שלא בעל או שלא בעל לשם קידושין למ"ד דאם אמר למפרע אף מכאן ולהבא אינו נאמן א"כ אינו יכול לומר לא היו שם קידושין ובהכי איירי מתני' דמסיק ותו צריכה היינו גט שני אבל למ"ד התם בב"ב דאף כי אמר למפרע נאמן מכאן ולהבא קשה ודוחק לאוקמי מתני' דווקא בדקטעין בעל שבעל לשם קידושין. ונראה שזה סברת הריא"ז שכתב הב"ג דאם שניהם מודים שלא בעל לשם קידושין א"צ גט משום דנאמן הבעל משום דבידו לגרשה רק דאם היא מכחישתו אסורה וודאי כמו האומרת קדשתני והב"ש בסי' קמ"ט ס"ק ד' תמה עליו ולפענ"ד איפכא יש לתמוה אמאי לא יהא נאמן ומכש"כ לפמ"ש בסי' קכ"ב ס"ק א' דקי"ל כמ"ד פלגינן דיבורא ונראה דלא שייך לומר פלגינן דיבורא רק אם אמר גרשתי ביום פלוני דנאמן לומר גירשתי אבל לא ביום פלוני דפלגינן דיבורא אבל כאן אם אמר אח"כ לא בעלתי לשם קידושין כיון דאין להאמינו למפרע ממילא א"א להאמינו ג"כ להבא וכ"ז אם לא אמר מיד אחר הבעילה. אבל אם אמר מיד אחר היחוד שלא בעל וה"ה כשאין עדי בעילה רק עדי יחוד שבעל ולא לשם קידושין כי הי' סבור שאין צריך קידושין לא ידעתי אמאי לא יהיה נאמן משום דבידו לגרשה דאם אמר מכאן ולהבא נאמן ורק בגירושין פסקינן דלא מהימן משום דאם איתא דגירשה יש לו קול ולכך לא ידעתי מה התמי' על הרא"ש שהי' שם מיד אחר היחוד ההגדה שלא בעל לשם קידושין. ויש לי עוד הרהורי דברים בזה ולא אטריח את רבינו הגאון ובפרט בענין אם אמרינן לגבי דידה חזקה זו. בענין שהקילו שאם היא נדה אע"ג דאיהו לא ידע חיישינן דלא נשמע כן לכאורה בדברי הרשב"א שכתב גיטין דף פ"א דב"ש אזלי' לשיטת' דלא יגרש כו' אא"כ מצא בה ערות דבר והלכך כל שהוציאה מחמת דבר ערוה חזקה מזוהמת בעיניו ואם איתא תיפוק לי' דכיון דאסורה לו לא שייך לומר אין אדם עבב"ז ומאי צורך טעמא משום מזוהמת בעיניו והוא מן הירושלמי. ולפי מה דאיתא בסוף גיטין בירושלמי דלב"ש אפילו יוצאת וראשה פרוע מותר לגרשה הוי ניחא דכיון דאינה אסורה עליו מן התורה רק כיון שהוציאה מפני זה חזקה מזוהמת עליו אבל היכא דאסורה עליו בלא"ה לא שייך לומר א"א ע"ב"ז אלא דהרשב"א בעצמו הביא לקמן קושי' הירושלמי אליבא דב"ש דאמאי איצטריך קרא במחזיר גרושתו תיפוק לי' משום סוטה וקלא ובמשנ בירושלמי סוף גיטין דתנא דברייתא אליבא דב"ש פליגא על תנא דמתני' אליבא דב"ש ואפשר דקאמר הירושלמי הא דמזוהמת בעיניו לפרש ג"כ טעמא דב"ש אליבא דתנא ברא אליבא דב"ש ובן הרשב"א כוסך אה"ז והא דקאמרינן דאין אדם ע"ב"ז אין הכונה לכאורה דמפרש בשעת בעילה הריני בועלך לשם קידושין דהרי אפילו באומר הריני בועלך ע"מ שירצה אבא איכא מ"ד דבעל לשם קידושין ואעפ"י שלא רצה האב וגם אם היה

צריך אמירה איך שמכינן בדאיכא עדי יחוד במגרש את אשתו ונתייחדה עמו הרי לא שמעו אמירתו ואין לומר דמן הסתם ביודע כל אדם שצריך אמירה אלא נראה דכיון דאין אדם עושה בב"ז הוי כל ייחוד כמדבר עמה על עסקי קדושי' שאין צריך אמירה וא"כ אפשר שפיר קאמר המל"מ שם כיון שהיא יודעת שהיא נדה שוב אי אמלה חזקה ואין כאן קידושין כיון שלא נכוונת היא על שום קידושין:

והנה כנידון שלפנינו אם יש כאן רק ע"א שידע כי לפני היחוד שנתייחד אמרו להזוג שהגט בטל לדעת מהרי"ק בתשובה סוף שורש ע"ב היה נאמן כיון דהוא רק ספק אבל הרמב"ן בחידושיו ריש גיטין ובפ' האשה רבה כתב להדיא דאפי' בלא אתחזק צריך בדבר שבערוה שנים וכ"כ הר"ן בפ' האומר בסוגיא דהאומר לשלוחו ואם צריך שנים כשרים ויש עיגון גדולה להאשה הלזו ואולי יש לצדד ולומר כיון שאין עדי יחוד לפנינו אף כי נראה וודאי שימצאו שם ביישוב ההוא אנשים שידעו כי היה ביחד מ"מ לפנינו אינם פה אולי אין למחות בידה אם באה להנשא בטענה זו שוודאי לא היו קידושין דהכי דבאיסור כה"ג לא אמרינן עדים בצד אסתן ותאסר מ"מ אע"ג דידעינן שימצאו שם אנשים שידעו שהיה ביחד ומפני הקול וכן מפני עיבורה מ"מ כבר קרוב לוודאי לא ימצאו שם עדי יחוד ממש וא"כ אף שנתייחדה ונבעלה בבירור אין כאן עדים וגם לא ידענו שיהיו עדים שידעו שהיה שם גירושין גמורים וכנראה דגם בעובדא דתשובת הרא"ש יש שם היתר זה כיון דכל עולם רק הזקן ושני חבריו ידעו מן הדבר שהיה גט גמור ושליח לקבלה היה הזקן א"כ אין כאן עדי יחוד לשם קידושין רק דהרא"ש הי' לו לפרש אבל עכ"פ נראה דאם העדים סבורים שהגט בטל אין כאן קידושין ובזה פלגי' לן ג"כ מה שנסתפקת אם היה כאן עדים אם מקבלין אותם שלא בפני בעל כיון דתשובתו היא דמפקינן מיני' אשתו או נאמר דלענין זה הוי כממון אבל כיון שלא נתברר שיש כאן עדי יחוד שחשבו שפנוי' היא אולי אין לחוש:

דברי. הק' מאיר א"ש:

סימן סז

[שנית על הנ"ל ויעיין בתשובת חתם סופר סימן כ"ט]

אשר כתבתי בכוונת תשובת הרא"ש היה בדעתי אחרי אם הייכו יודעין בעובדא דתשובת הרא"ש שהבעל לא ידע כי נתגרשה כבר בקבלתו של הזקן הרי לא היה חשש קידושין וקושית המל"מ על הרא"ש היתה אחרי שהגיד הזקן להבעל שהיה שליח לקבלה בעדים למה נאמין לדבריו שהיה סובר שהגט רק בפיקדון אצל הזקן ועל זה חשבתי לומר כיון שהוא שומע עתה שהגט היה לגירושין ביד הזקן ויודע וודאי שאם לא בעל לשם קידושין אין חשש קידושין ואפילו הכי עומד בדבריו ואינו אומר שבעל לשם קידושין כי ידע שהוא מגורשת ראוי להאמינו כיון שבידו לגרשה ואם הוא חפץ בה היה לו לטעון כן אחרי שהגיד לו הזקן כי הוא שליח לקבלה. וגם לפמ"ש רבינו כי' ליישב הא דלא נאמן במתני' מכח מגו זה משום דהוא מג"כ נגד הרוב מ"מ בהך עובדא אין הוכחה שידע הבעל דהיתה מגורשת ונאמן הבעל במגו וגם משום דעדי יחוד אינם יודעים שידע הבעל. ומ"מ הב"ש לפי הבנתו בדברי הר"י אף לא היה לו לתמוה כ"כ לפענ"ד אחרי שיש כאן מגו דבידו לגרשה ומגו דבידו אלים יותר משאר מגו וכמ"ש הר"ן בסוגיא דיש לו בנים בקידושין. והרמב"ן בב"ב וראיתי להגאון בעל עזרת נשים בסעיף קטן ס"ו שהקשה על הרמב"ן וסייעתו שכתבו דעד מפי עד נאמן להכחישו אמאי אין הכי נאמן במגו דאמר שיודע שמת. ותירץ כיון דאיכא חזקת חיים וחזקת א"א לא אמרינן מגו להוציא. וצ"ל דעדיפא חזקת אלו אפילו ממגו להוציא דהרי הרמב"ן סובר דאמרי' מגו להוציא והך דר"פ האשה שלום דבעי לומר דהחזיקה היא מלחמה דלאמכות במגו צ"ל כמ"ש התוס' כיון דהחזיקה היא מלחמה וודאי דייקא וליכא כאן חשש בדדמי והא דאמרי' בגיטין

בסוגיא דשלים דכאמנת לומר קני דידי יהיב לגירושין במגו צריך לומר דשם איכו רק חזקת א"א לבד. ויותר נראה דשם מסברא היה ראוי להאמין לשלים וכדאית ליה לר"ח באמת רק דסברא דאם איתא לגירושין לדידה יהיב כהלה מרע לכאמנותיה וכיון דאיכא מגו מודה רב הונא דקמכינן אשלים. ואולם זה שכתב הר"ן בשם הריב"ן דאף דמוחזק לן באחי נאמן לומר שאין לו אחים דהייכו שמתו והרי התם איכא חזקת זקוקה ליבם וחזקת חיים ואפ"ה נאמן ומוכח לדבריו דמגו דבידו אלים טובא. ואולם ראיתי לרמב"ן במלחמות שצירף לזה הטעם דעד אחד ביבמה נאמן משום מלתא דעבידא לגלויי אבל גוף דברי מהר"מ בן חביב יש לעיין כי זה אין מגו טוב דאם יאמר שידוע שמת אם יבוא הבעל יתברר שקרותו אבל אם אמר פלוני אמר לי לא מתברר שקרותו אם יבא הבעל כי יאמר את אשר שמעתי מפלוני הגדתי וכיוצא בזה כתב הרא"ש בפרק חזקת הבתים סימן ז' דלכך לא מהני להמוחזק מגו דלא היתה שלך מעולם כי ירא שמא יבואו עדים. ומכ"ש כאן גם הרשב"ס בב"ב דף מ"ה ע"א כתב דלכך אינו נאמן לומר החזרתי שלא בעדים במגו דהלכו למ"ה משום דמירתת אלא שהוא ז"ל לשיטתו דפוסק ג"כ מודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו. אבל הרא"ש דפוסק צריך לקיימו. וראיתי למהר"ם ב"ב ד"פ סימן קס"ז שכתב דמכאן מוכח דאמרינן מגו אף היכא דאפשר להכחישו בטענת מגו כמו מודה בשטר שכתבו. וקשה להרא"ש בב"ב הנ"ל. ואולי במודה בשטר כל כמה דלא מייתי עדים א"ל לפרוע משום מגו ואם יביא עדים שאינו מזוייף הרי באמת יפרע והא דלא מחזיקין הקרקע גם שם ביד המוחזק עד שיביא המערער עדים משום דאמרינן דאיכו טוען שקר כי המוכר אומר לו כן רק שאינו נאמן עתה המוכר שאינו לפנינו והלוקח מפיו אומר והוא אין לו מגו אבל בעד אומר מפי עד והראשון מכחישו אין להאמינו במגו זה דמירתת וכיוצא בזה אמרינן בב"ב דף קכ"ח ע"ב לסתור מגו מכח דמירתת ואע"ג דהתם וודאי איכא עדים מהל מקום הרי כאן איך יאמר שמת בשקר והרי אם חי הוא וודאי יבוא:

סימן סח

לה"רב הגאון המהולל. החריף ובקי. סיני ועוקר הרים. כודע בשערים. דובר מישרים. כקש"ת מוהר"ר זלמן אב"ד דק"ק מאקאווע יע"א:

הנה בעיקר הדין שיכנו שוים דהפחדה מקרי אונס. וראיתי במהרא"ם בקונטרס מודעה ואונס שכתב דאפילו לאפוקי ממונא אמרינן להלכה דהוי אונס. ושם יישב דברי מהרי"ק וראייתו מן המרדכי קלת. ויפה כתב מעלתו הגאון כי' דמ"ש הרמב"ם והמחבר שהפחידהו בידו שאפשר לעשות דמשמע בידוע מ"מ בגט בכל גוונא כל שגירש מחמת שהפחידהו הוי אונס ובפרט לפמ"ש המסדר שהפחידו אותו בני הכפרים והוא פתי האמין לדבריהם שנראה מבואר מדבריו דגירש מפני הפחד ומי יתיר א"א בגט כזה. והנה לשאת ולתת בדבריו הכעימים אין הזמן ולא הבריאות מספיק ומ"מ לעשות רצונו אכתוב קלת מה שחידש הדר"ג דאם דינא דמלכותא הוא שיגרש אף בערכאות מד"ת הגט פסול ולכך הוצרך דרב משרשיא יש לפקפק דאם כן קשיא לפי האמת אמאי שלא כדין בעכו"ם אפילו ריח הגט אין בו אמאי לא גזרינן שלא כדין אטו כדין בערכאות כמו דמקשה בגיטין ואם מפני שהוא חוק ודין במדינה ההיא איכא למימר שהיה מקוה למערק וליזל לעלמא וכדאמר ר"ת לרבנן דעבד חוב הוא לו משום דשבק וערק ואזל לעלמא. והנה בלמדי הסוגיא ההוא אמרתי אף אני אז ביישוב סוגיא הנ"ל ולא אעריך את הדר"ג בדברים ההמה:

ואשר הקשה הדר"ג לדעת הסוברים. דאם תלה הגט בדבר אחר כגון קנס דלא מקרי אונס אם כן מאי

מייתי למפשט מקרבן דגמר ומקני הא התם וודאי גמר ומקני כיון דבידו לשאול על נדרו היה אפשר לומר דפסיקא ליה לתלמוד דכ"ע דרשי יקריב אותו לרצונו מלמד שכופין אותו כיון דמייתר קראי והרי ב"ש ור"א סברי אין שאלה בהקדש ויתכן עוד כיון דאיכא תרי קראי חד לאמר ולא אפרים וחד לאפרים ולא אקריב מעתה מי שמפריש שלמים ותודה וילדו והקריב הוולד דקי"ל יקרב שלמים ותודה ודלא כר"א בתמורה וש"ב אם איכו רוצה להקריב התודה והשלמים א"א ליה להשאל על נדרו דא"כ יהיה הוולד שהקריב חולין בעזרה וכן הנודר כמה עולות ושלמים בבת אחת והקריב אחת מהן והאחרות לא הקריב אם בא לשאול על נדרו למ"ד נדר שהותר מקלתו הותר כולו ובפרט לרבא בנדרים דף כ"ו א"כ אם ישאל תהיה עולתו שהקריב כבר חולין בעזרה ובזורק אם הפרים אביו מחייס לאמר ולא אפרים למ"ד מ"ד לא שייך שאלה כלל ואע"ג דהתם בערכין קאמר ר"פ דאיכא עולת מצורע דאין ממשכנין. ולכאורה ה"ה דאין כופין מ"מ בעולת נדבה כתיב יקריב אותו והוי משמע לתלמודן דבכל גוונא כופין ואפשר דה"ע דמייתי תלמודן ברייתא דיקריב אותו ולא מייתי מתני' דהתם. דברי ידידו אוה"כ הקטן מאיר א"ש:

סימן סט

הנוב"י נשאל בגט שניתן שלא לפני ב"ד מה דינו והשיב מדקאמר א"ז הביאו הרא"ש בסימן פ"ב דגט הניתן בלילה פסול דומיא דחליצה דפסולה בלילה משום דאיכא כתובה למשקל וה"ה גט מכלל דדין הוא וצריך ב"ד וכתב דכל מקום דמשמע דאין צריך ב"ד בגט רק עידי מסירה הייכו בגט מלד עצמו וכ"מ בארוסה דאין לה כתובה. אבל בנשואה צריך ב"ד וכתב דגם רש"י במתני' ריש סנהדרין שכתב כעין דאורייי' תיקן הייכו כעין גט יעיי"ש בחלק אה"ע סי' קי"ד שהאריך. והנה במה שכ' רש"י כעין דאורייתא תיקן כבר פירש מהר"ם סי"ף דהייכו כעין חלוצה כי מדמה מיאון שהוא אומרת א"א בפלוני לחלוצה שהוא אומר לא חפצתי לקחתה. גם י"ל כי בחליצה ומיאון בשניהם יש להאיש על האשה זיקה ועל ידי מעשה האשה נעקר הזיקה בחליצה על ידי חליצתה. ובמיאון באמירתה. מה שאין כן בגט שהבעל דמכחו נאסרת הוא עצמו זורק לה הגט והיא איכה עושה כלום. ובזה נדחה מ"ש מהר"ם שם לומר דאין כוונת רש"י על חליצה יעיין שם:

ואולם מה שהביא ראיה מדברי הא"ז. ופשיטא ליה להרב כודע ביהודה דלהא"ז צריך ב"ד הנה הגאון ראה בהרא"ש רק מ"ש בסימן פ"ב. אבל הג"פ בסימן קכ"ג סעיף קטן כ"א הביא מ"ש הרא"ש בח"ב סימן ל"ה דברי תשובת א"ז בארוכה ושם כתב דכתיבת הגט בלילה פסיל דומיא דחליצה וכתב עוד דנראה בעיניו דאפילו למ"ד דחליצה כגמר דין. מ"מ לכתיבת גט דהוא תחילת דין דהא דפליגי בחלוצה לאו משום כתובה. אלא דלמ"ד שהוא תחילת דין הוא מפני שיבמה לשוק הוא בלאו. והשתא הוא דמתירה. ולמ"ד שהוא כגמר דין הייכו מפני שבחיי בעלה היתה במיתה לשוק. מת בעלה פקעה מיתה ועדיין איסור לאו עלה ובחלוצה פקע לה איסור לאו לכך דמי לגמר דין. אבל בגט מכי יהיב לה גיטה פקע כל האיסור רו' ולדברי הכל כתחילת דין דמי הלכך כתן גט בלילה לאו כלום הוא כו' וכתב עוד וכ"ת לבעי כתיכת גט תלתא כדאמרינן בגר לא היא דע"כ תלתא דבעינן הייכו מדרבנן ואפילו בדיכי ממונות גופיה חד כשר מדאורייתא דקי"ל כרב אחא הלכך בגט נמי בפני חד סגי אלא דבעינן תרי שימסור הגט בפניהם והן העדים והן הדייכים. עכת"ד הא"ז:

הרי לפניכו דפשיטא ליה להא"ז דלא בעי בגט תלתא דלא כמ"ש הנו"ב לדעתו וגם מ"ש שם נודע ביהודה לפ"ד בסוף תשובתו להקל בחליצת ארוסה בלילה ליכא לפמ"ש הא"ז דלאו מטעם כתובה פסול חלוצה בלילה רק שהיתר גופיה שמתירה לשוק מקרי תחלת דין. וכן גט ארוסה אסור ליתן

בלילה למסקנת א"ז דלאו מטעם כתובה הוי דין. ואולם קשיא לי לדעת הא"ז מהא דאיתא בקדושין דף ס"ב דמקשה לר"י דאמר כל שבידו לאו מחוסר מעשה דא"כ אמאי לאחר שאתגייר אינה מקודשת ומשני כיון דגר צריך שלשה מי יימר דמזדקקו לו תלתא ופריך תו מהא דאמר רב אושעי' הכותן פרוטה לאשתו ואמר לה הרי את מקודשת לי לאחר שאגרשך אינה מקודשת א"כ דלר"י הוי קידושין והיינו משום דבידו לגרשה ואי ס"ד דלר' אבוה ורבא בד"מ מדאורייתא בעי ג' אף גט צריך ג' ודווקא לרב אחא א"ל ב"ד אם כן מאי פריך דלמא ר"י כוותיה ס"ל ואם כן אף גט אינו בידו כמו גירות דמי יימר דמזדקקו ליה תלתא ובשלמא אם הטעם משום כתובה יש לדון דלא בעי לומר דרב אושעי' מיירי דווקא בנשואה דומיא מאי דבעי אא"כ בכותן לאשה שתי פרוטות דמיירי בארוסה אבל למסקנת או"ז דלאו מטעם כתובה הוי גט דין רק מטעם היתר איסור קשה. ויש לומר דהמקשין הוכיח מדאמר רבי יוחנן בגיטין דף ס"ד ובב"ב דף קל"ג בעל שאמר גרשתי את אשתי כאמן משום דבידו לגרשה מוכח דר"י ס"ל כרב אחא דד"מ מדאורייתא סגי בחד דאם היה צריך ג' הא אמרינן דלא הוי בידו דמי יימר דמזדקקו ליה תלתא ובזה יהיה קיום לדעת הרמב"ם דאף לרב אחא איכא למימר דשכים שדמו דיכיאן דין דהרי לפי הכ"ל מוכח דר"י סובר כרב אחא מן התורה חד כשר ואפ"ה קאמר בירושלמי דשכים שדט אין דיכיאן דין:

והנה בספר ג"פ פקפק על האו"ז דכתב דגט דין הוא והא דלא בעי תלתא הייכו משום דאף דין מדאוריי' כשר בחד דמכל מקום כיון דתקנו חכז"ל בכל ד"מ דליבעי תלתא אמאי לא תקנו ג"כ בגט תלתא. ולפענ"ד אין זה קושיא דהרי כתב הר"ן בפרק הזורק דלכך בגט כשר קרוב לה כל שיכולה לשמרו אפילו מאה אמה דתקנו רבנן כן משום עיגונא. ואם כן אין תימה אם לא החמירו חכמים על דין תורה להצריך בגט שלשה. ואולי לכאורה לדעת הרי"ף והרמב"ם וסייעתם דס"ל דעיקר מחלוקת ר"מ ור"א בע"מ וע"ה כרתי הייכו דלר"מ בעיכן דווקא ע"ה ולר"א בחדא סגי. או בע"ח או בע"מ אם כן וודאי גט לאו דין הוא דהרי בגט החתום בע"ח אינו צריך ליתן כלל בפני עדים. ואולם גם לדעת ר"ת והרא"ש דס"ל להיפך קשה ג"כ דהא לדעתייהו הא דאמריכן דעדים חותמין על הגט מפני תיקון העולם דהייכו היכא דמתו העדים או אזלו למדה"י. וכבר תמה הרמב"ן איך אפשר לסמוך על זה ומניין ידעכו שהיה אצל המסירה עדים. וכי כ"ע יודעים דהלכה כר"א בגיטין. וכתב הרא"ש בפרק המגרש משום דהכל יודעין דאין דבר שבערוה פחות משכים והייכו לשיטתו דס"ל דגם לר"מ בעיכן עדים בשעת כתיכת הגט. אבל אם גט דין הוא ולרבי אבהו ורבא צריך שלשה א"כ איך יפרשו מתכיתן דסמכיכן על עדים שחותמין על הגט וכדתכן העדים חותמין על הגט מפני תיקון העולם. והאיך אפשר לסמוך על העדים שחותמין על הגט ומכיין ידעכו שכיתן ה:ע בפני שלשה וכי כל העולם יודעין שגט דין הוא ודין צריך שלשה דלא כשמואל עיין תוס' גיטין דף נ"ה ע"א ד"ה מודי. וכראה לומר על פי מה שכתב הר"ן סוף פרק המגרש דגם להסוברים דר"א מכשיר בעידי חתימה בלבד בלא שום עדים בשעת מסירה מ"מ אין עידי החתימה כורתים מלד חתימתם רק דר"א סובר דכל שיש עדים על המסירה עלמה או שמעידים על עיקר הדבר. וז"ל הר"ן דהוי להו עידי חתימה בעידי מסירה שהרי הגט יולא מתחת ידה בעדים הללו ובידוע שהבעל מסר לה· וכמנלאו כאלו הן עלמם מעידים על המסירה עכ"ל וסברא זו וודאי שייכא גם לר"מ דאית ליה עידי חתימה כרתי. אלא דלר"מ כורתים מפני חתימתם. ולר"א רק מפני שמעידים על המסירה בחתימתם. וכמ"ש הר"ן כי בידוע שהבעל מסרה לה. והכה דאמריכן ביבמות דאמר ריב"ל מי לא טבל לקריו. וכן מי לא טבלה לכדותה. עמדו הראשונים. והרי גר צריך שלשה ותירלו התוס' והרא"ש כיון דאכן ידעיכן דמן הסתם טבל לקריו או טבלה לכדתה הוי כ"ג:

לפי"ז אף אט כאמר לדעת הא"ז דוודאי כל שיש שם עידי חתימה ובידוע שכתן לה הבעל הגט הזה הוי כאלו היה שם בשעת המסירה שלשה. והא דקשיא ליה לאה"ז על סדרתו דא"כ יהיה גט לריך שלשה לא קשיא ליה רק על מתכיתן דתכן אע"פ שאין עליו עדים כשר דכיון שאין עליו עדים רק כתכו לה בפני עדים כמלא כי מפני שאכו רואין הגט בידה אין הוכחה שהבעל מסר לה דהרי אין עליו עדים ואין ידוע כלל מי כתבו ורק על עת המסירה ועידי המסירה ככשר הגט בזה קשיא ליה דא"כ יהיה לריך שלשה ועל זה משכי דקי"ל כרב אחא. ומכל מקום אכתי קשה כיון דמשמע ליה לאהו"ז דלשון דאע"פ שאין עליו עדים אלא שכתכו לה בפני עדים משמע דבעדים בלבד סגי א"כ מאי כיחא ליה בהא דקי"ל כרב אחא מ"מ איך יפרש ר' אבהו ורבא מתכיתן ואם לרבא לדידהו גט לאו דין הוא איך כאמר דלרב אחא הוי דין ולעשות מחלוקת חדשה ביכיהם. ואולי כאמר דלרבא ור' אבהו דאמרו דין בעי שלשה הא דקאמר ר"א אף על פי שאין עליו עדים אלא שכתנו לו בפני עדים כשר הוא דר"א סובר כר"ע ביבמות דף ק"ד דחללה בינו לבינה כשר ולדידיה וודאי חליצה לא הוי דין כלל כיון דמכשיר אפילו בינו לבינה. והרי אף גמר דין לריך ב"ד וע"כ דלר"ע לא הוי דין כלל וא"כ אולי ר"א סבר כוותיה וכי קאמר הא"ז דהוי דין הייכו לדידן דקיי"ל דחליצה בלילה פסולה. אלמא דחליצה דין הוי אם כן ה"ה לגט ואפ"ה מכשירין בע"מ ולכך הולרך לומר דקי"ל כרב אחא. ומ"מ למדכו מדברי האו"ז דפשיטא ליה דגט לא לריך שלשה עד שהקשה על דיכו דפוסל בלילה דאיך אפשר לומר כן דא"כ יהיה לריך שלשה ולפי דעת אחרוכים אין לחלק בחלולה בין ארוסה לכשואה דלעולם פסולה בלילה:

ובאמת לולא דברי האו"ז שכתב עכ"פ בתחילה כי אם בחלולה הטעם משום כתובה ה"ה שלריך גם כן גט מטעם הזה שלשה. היה מקום לחלק בין חלולה לגט כי בחליצה היא תובעת כתובה ואין לה ליטול קודם חליצה ועתה בחלולה זו היא באה לתבוע כתובה לריך להיות מעשה החלולה שע"י באה לתבוע כתובה לפני ב"ד. אבל בגט הוא המתחייב והוא המגרש והכותן הגט איכו דומה כלל לדין:

סימן ע

בעזה"י · יום א' כ"ג אדר תריו"ד לפ"ק אונגוואר יע"א.

ישפות ה' שלום וכל טוב לכבוד מחותני הרב המאוה"ג חרוץ ושנון. וריח לו כלבנון. לפני שמש שמו יכון. כקש"ת מו"ה יוסף יואל כ' האבדק"ק יאבלכ־ב יע"א:

מכתבו עם העתק הוראת הגאוכים קבלתי תמול. והכה מכמה עניכים לבי בל עמי לירד לעומק הדין עתה. ואם כל זאת לא החדלתי להשיב אמרים מעטים מפני הכבוד. והכה רבו הספיקות בשמות עירו כן ברוב היהודים וא"י היוכים כקראת סטאפעטשעט וכן בשביבותי' רק השרים הדייטשען וגם עדל לייטע כקראת יאבלעכוב. וגם בשטרות וכתובות ככתב שם יאבלעכוב. וכתב מעלת כ"ת כי' כי שם סטאפעטשעט כראה שנקרא על שם הכפר הסמוך שנקרא כן. וכתב הגאון דאע"ג דרוב היהודים וא"י היוכים קוראים שם העיר סטאפעטשעט מ"מ כיון דמיעוט יהודים קורים לה יאבלעכוב וגם השרים והעדלייטע קורים לה כן והוי תרי מיעוטי וחשיב כמחלה על מחלה לפמ"ש הר"ן בחולין דלכך פריך דלמא מעוף טמא הן דכיון דאיכא תרי מיעוטי חיישיכן ה"ה כאן הוי תרי מיעוטי. לפענ"ד לא דמי כלל דהתם גבי ביצים כיון דאיכא מיעוט ביצים מן הטריפות א"כ כגרע הרוב דהרי איכא שכי אופנים ביצים דאסורים. אבל כאן רוב ישראל ויוכים קוראים סטאפעטשעט כהי דמיעוט ישראל קוראים העיר יאבלעכוב אם בהלטרפות השרים והעדלייטע אכתי רוב ישראל והיוכים רובם עליהם לא כחשב זה למחלה על מחלה דאכתי רוב יושבי העיר קוראים להעיר שם סטאפעטשעט וקרוב לזה לריך לחלק אליבא דהר"ן הכ"ל דכל דאיכא תרי מיעוטי

לא אזלינן בתר רוב היכא דיש תרי מיעוטי וקשה דהרי ילפינן דאזלינן בתר הרוב ממכה אביו ואמו וגם ילפי' מעדים זוממין וקשה עדיין ממכה אביו דלמא לאו אבוה ודלמא טריפה הוא או העדים שמעידין עליו טריפה אחד מהם. והוי עדות שאין אתה יכול להזימה אע"כ כיון דאיכא נגד המיעוט בפני עצמו רוב גמור אין חוששין גם אם יש תרי מיעוטי ודווקא דומיא דבילים דפשיטא דאיכא עופות טמאים וגם טריפות בעולם והוי כמחצה על מחצה:

וגם בעיקר הדבר זר אצלי שיהי' העיר על שם הכפר שיפך דרך הלשון שהכפר נקרא על שם העיר כמו מכפר לודים ללוד. ואין דרך כלל לקרוא שם העיר על שם הכפר הסמוך. ומזה הי' נראה שמתחילה נקראת העיר בשם קעזמארק ואח"כ ע"י איזה סיבה נשתנה שם העיר לשם יאבלענוב ואולי מיוס באו הדייטשען שם אז שר העיר הסב העיר לשם האחר וכיון שאנו רואים דאכתי רוב היהודים ויוונים בשם קעזמארק מחזיקין הי' ראוי לומר שם קעזמארק הוא עיקר. ולסמוך על ההכרזה. הנה בכוב"י באידש זה ומבואר שם בסי' פ"ז בחאה"ע דלא הי' ספק כלל בשם שקורין הגוים ורק על שם ישראל. ובזה כיון שיכריזו שם העיר איך יהי' נקרא אצל ישראל ישתקע שם הראשון לגמרי אבל הכא הרי היוונים יקראו עוד נהגה שם העיר כמלפנים וגם אצל ישראל הרי יקראו שם השני בגיטין ואף דע"י ההכרזה לא ישתקע שם קעזמארק מרוב יושבי' כלל:

והנה ב מדינה זו יש כמה קהלות קדושות שאין מסדרין שם גיטין רק בכפרים הסמוכין להעיר שאין ספק בשמותיהן בק"ק אייזענשטאדט ששם משכן כבוד של הגאון מהר"מ א"ש אין מסדרין גט כי אם בכפר הסמוך. ואחר התוכחתי כאשר אייתי אצל מו"ח הגאון מו"ה דוד דייטש זצ"ל כסעתי עמו לסדר גט הוא וב"ד דינו לכפר הסמוך לשערדיהעל. ולזה אם היה מעכ"ת כי' כונן עמי מתחלה יעלתיו אחר שיש כמה ספיקות גם בשם יאבלענוב איך יש לכתוב לזאת יעלתיו כי כאשר יבוא לפניו לכתוב גט יקע לכפר קעזמארק ושם יסדרנו. ובזה אין שום גמגום לכאורה אבל איככי לסתור דברי הגאונים כלל. ויכול מעכ"ת לעשות כרצונו ואינם נריכין להסכמתי בפרט כי אפפוני ענינים שונים כאשר אמרתי בראשית מכתבי ולא יכולתי לעיין כלל בזה רק בשעת כתיבה העולה על דעתי. וה' בחסדו יצילנו משגיאות. ויראנו מתורתו נפלאות. ו עשה במהרה עמנו לטובה אות. דברי מחותנו הכותב בחפזי מאד. הק' מאיר א"ש:

סימן עא

בעזה"י לק"ק פאלאטא.

הגיעני מועס אמריו אשר דרש ידידי על גט שככתב בו מעיכות במקום באהרות שהוכיח בכוב"י תכינא חאה"ע סי' קע"ו דהגט פסול ומעלתו תמה דמאין רגלים לפסול הרי גם באר מעין יש בו. ומ"ש מהא דפסקינן שם באהע"ז סי' קכ"ח דאם כתב תחת באהרות בורות דכשר. וגם כתב דלא ידע מנ"ל דשם באר הוא דווקא על החפירה ומעיין על העולה מאלי' הלא אצל אליעזר עבד אברהם אבינו עה"ש מלינו בתורה בתחיל' באר ואח"כ על העין וכתב מעכ"ת דאולי המהרי"ק גם הוא לא איירי רק בבאר שאין בו מעיין כמו שמלינו בארת חמר את"ד הנה בגוף הדבר שאם כתב על באהרות מעיכות דפסול קדמו להגאון בעל כוב"י גדול האחרונים מהר"ס חביב בספר ג"פ בסי' קכ"ח ס"ק כ"ב ומאות' ראיה עלמה שהביא הכוב"י ז"ל והן אמת כי עיקר ראיתם בזה הוא מן הב"י ולא מן המהרי"ק כי על דברי מהרי"ק יש לומר כמו שרגילים חכז"ל לומר ולאו הרולי' נתרלת לה כו' וא"כ היה ראוי לומר קודם שנחדש דין זה דאם תחת באר כתב מעין פסול. הי' לנו לומר שיש להוסיף מלת ג"ס וכוונת מהרי"ק דאם כתב באהרות וגם מעיכות דפסול וכמו שלידד הכוב"י עלמו כי הלא בגא"ה יש ע"ש בדברי מהרי"ק ואולם לפע"ד

מוכח כדבריהם מדברי הקונטרסים שהביא הב"י בסימן קכ"ח והעתיקם הב"ש בסי' קכ"ח ס"ק י"ב דאם רוב העיר משתפקים מן באהרות ומיעוט מן המעיינות יכתבו הרוב ויניחו המיעוט. ואם איתא דמעיין כולל גם באר יכתבו מעיכות דכולל שניהם. ואמנם גם זה יש לדחות דלכתחילה לא יכתבו מעין על באר. ואולם עם כל זה נריכין אנו לכוף אזנינו לדברי גדולי ישראל כי מה שדחה מעכ"ת כו' ואמר דהמהרי"ק איירי מבארות שאין בהם מים הוא רחוק להעמיד זה בדברי פוסקים. ואף אם נמלא באהרות באהרות חמר פעם אחד וגם אולי הי' שם מעין נרפש:

ומה שהקשה מעכ"ת מהך דאליעזר עבד אברהם כבר ראה מעכ"ת מה שיש לדחות עליו דהיו שם שניהם. ואולם לפענ"ד יקשה עוד מהא דכתיב אך מעין ובור ושנו רבותינו במעין דמטהר בכ"ש ימקוה מטהר במ' סאה. והנה פשוט דכל שיש שם מעין אף שהפרוהו בני אדם הוא מטהר בכ"ש. ואם נאמר דעל באר לא ידק שם מעין כלל א"כ מנ"ל לחכז"ל דאם חפרו ומלאו מים דמטהר בכ"ש. וראיתי במהרי"ק שורש כ"ו שכתב וז"ל אשר שאלת אם יכולים לטבול באותם באהרות העשוים בידי אדם ומתברך ומתלאלא מתחתיו אלא שאין יוצא לחוץ כמעין יראה מתוך דבריך שאתה רוצה לחלק בין באהרות למעין ואפילו שהמים אין מכונסים ולא מי גשמים אלא נובעים מתוך הקרקע כו' לא כן נראה לפענ"ד דאע"ג דבלשון בני אדם שני מינים הם ולכן כותבין בגיטין מי באהרות ועל מי מעיכות מ"מ לענין זה אין לחלק כלל מאחר דאידי ואידי מים חיים כינהו עכ"ל מהרי"ק לנגדנו מדבריו דעיקר החילוק בין באהרות למעייכות הוא בגיטין מפני לשון בני אדם ומעתה אין להקשות כלל מליסנא דקרא:

והנה סבור הייתי דכל שחפרו ויגלאו מים ההוא יקרא באר וכותבין בגט באהרת ולא נקרא מעין רק אם מבלי פעולות אנוש יקוו מימיו. ואולם מלאתי בספר גט פשוט שכ' ה"ל וגומות וחפירות הנובעים ובוכין עפ"י הגומא כמו פי הבורות הללו הם הנקראים באהרות ואם במקום באהרות כותב בורות הוי שינוי ועוד כ' וגומות ותפורות הנובעים דנקראים מעין אם כ' באהרות הוי שינוי דלא מקרי באר בלשון בני אדם כיון דאין לו פי הבאר בנוי על פי הגומא כפי הבורות עכ"ל הרי לפנינו דאף החפור לא מקרי באר כל עוד שאין בנין בנוי על גבו. והנה פשוט לפענ"ד דהן בלשון תורה והן בלשון חכמים אינו תלוי כלל באותו בנין שעל פי הבאר כמשמעות הכתוב בבאהרות דילחק וכן מדכתיב וגללו את האבן מעל פי הבאר ולא כתיב ויריעו את האבן. וכ"ש בלשון חכמים בוודאי מוכח מהאי דעושין פסין דאינו תלוי כלל שם אם יש בנין עפ"י הבאר רק אם מימיו נובעים כמבואר. ואמנם הרב בלשון ב"א קאמר בפירוש ומעתה כסי דבלשון התורה גם באר בלי בנין מקרי באר דלא כלשון ב"א אבל בזה לא מלאנו שיהי' לשון בני אדם בזה בהיפך מלשון תורה דבלשון ב"א בלי בנין מקרי מעין יוכל להיות שגם בלשון תורה נקרא מעין. ולפי דברינו מעין כולל בלשון תורה הן הנובע מאליו והן הנעשה ע"י חפירה ובאר כולל בלשון תורה כל שנעשה ע"י חפירה הן בבנין והן בלא בנין. והיינו דכתיב אצל אליעזר פעם באר ופעם מעיין כי שם חפרו ב"א ומלאו מים והוא נקרא מעיין ונקרא באר:

ואולם כ"ע על דברי ג"פ מלשון מהרי"ק שהבאתי למעלה דאם נאמר דלא מקרי באר כי אם ביש בנין ע"ג והרי ע"כ השואל לא עלה על דעתו לחלק בין יש בנין עפ"י הגומא לאין בנין לענין טבילה רק השואל רלה לומר דכל שנעשה בידי אדם ואין מימיו נובעים לחוץ אינו בכלל מעיין וע"כ כתב השואל דהסתמא באהרות ומעיכות שתי מינים הם ומהרי"ק השיב לו אע"ג דבלשון ב"א שני מינים הם ולכך כותבין בגיטין באהרות ומעייכות משמע להדיא דכל איזות שחלו בה ידי אדם נקרא באר ואין נקרא מעין רק בבאו המים מאליהם ונבעו מתחת לארץ מבלי חפירה וכן הוא בסדר הגט שלנו בסימן קי"ג וקי"ד ולכאורה דברי הג"פ תמוהים עוד דהרי כתבו הפוסקים דאם

כתב על בארות בורות כשר והביאו ראי' מן התלמוד (ועיקר הראיה כמ"ש הב"ש בעצמו הוא בסוף פ' מפלין דף ל"ט סוף ע"א דקתני בור. והמקשן היה סובר דמיירי בנובעים) ומה שהקשה הב"ש על זה דהרי ריש עושין פסין דף י"ח כתבו התוס' דגם המקשן היה יודע שיש חילוק בין באר לבור אלמא משמע להו דאפילו בכ"ד באר לא מקרי בור עכ"ל ומכח זה דחה דברי התוס':

לפענ"ד אין קושיא דוודאי בעירובין כיון דבהדיא קפיד התנא שם א"כ והביא מחלוקת התנאים למר באר דווקא ולמר ה"ה בור הרי שלא שנה כאן באר בלשון בור וא"כ איך עלה על דעתו להקשות. וא"כ הקושיא מפני שלא שנה ופסין לבאר וכמ"ש התוס' משא"כ בהך דסוף ביצה שלא חילק שם בין באר לבור בשום מקום איכא למימר דס"ד דרבא דהתנא כולל גם באר בלשון בור ועכ"פ חזינן דהפוסקים והב"ש עצמו הביא ראיה מלשון חכמים דאם כתב על באר בור כשר:

מעתה אם באר שאנו כותבין בגיטין אינו רק אם יש בנין על פיו והרי כבר כתבנו דבלשון חכמים נקרא באר אעפ"י שאין בנין על פיו כדמוכח הך דעושין פסין וע"כ רק בלשון בני אדם הוא כן. וא"כ מאי ראי' יש מהך דמפלין. וכי מפני שלא חלקו חכמים וקראו באר החפור שיש בו מעין ג"כ בלשון בור מוכיח במה שבלשון בני אדם נקרא באר דהיינו כשיש בנין על פיו דווקא יקרא ג"כ בור. הלא יש מקום לבעל הריב לומר דדווקא בלשון חכמים שכינוי באר לחפורה בעצמה ולכך כינו אותו לפעמים בור. אבל בלשון בני אדם שאינו נקרא באר רק אם יש בנין על פיו מניין לנו שהוא בכלל בור וצריך לדחוק בזה דפסיקא להו לרבותינו הפוסקים דאין הפרש בין בור לבאר רק שבור מימיו מכונסים ובאר מימיו נובעים. ולכך אף בלשון בני אדם אין הבנין מפריש בין בור לבאר. וזה רחוק בעיני. ומזה נראה דעיקר כסדר הגט שלנו דאין הדבר תלוי בבנין רק בחפירה מקרי באר וכדהוכחנו ג"כ מלשון מהרי"ק וכיון דמעין מבלי בנין רק ע"י חפירת אדם מקרי ג"כ באר נהי דיש הפרש בין לשון תורה וחכמים ולשון ב"א לענין באר ומעין:

(חסר סוף התשובה)

סימן עב

בעזרת השם יתברך יום ה' כ"ג לנוצ"י לפ"ק תר"ה לפ"ק הונגוואר יע"א :

החיים והשלום וברכות טוב עד עולם. לאהובי בני הרב המאור הגדול החרוץ ושנון. יפרח כתמר וישגה כארז בלבנון. לפני שום שמו יכון. כקש"ת מוהר"ר מנחם כ' לגלת האב"ד דק"ק חוסט והגלילות יע"א :

מכתבך הגיעני וכו' גם אתנו בחסד ה' וכו' אודות כתיבת הגיטין בגלילות ההמה. הנה בעירך באמת יש כמה גימגומים בענין הנהרות הגם שבנהר טהייס אין ספק שאין צורך לכותבו אחרי שהוא חוץ לעיבורה של עיר וגם אין מסתפקין ממנו כלל. אבל בנהר נאדיאג שיש שם בית מכס ובית אכסניא והמה בכלל העיר היה ראוי לכותבו וכן הנהר חוסעין שהזכרת. והנהרות אשר בימות הקיץ יחרבו ויבשו לפי מה שנראה מדברי ג"פ בסימן קכ"ח סעיף קטן ל"ז כשיש שם נהר אחר אין צריך לכותבו ובאין שם נהר אחר יש לכתוב אותו וכמ"ש ממשפטי שמואל בשם מהרי"ק שכתב דאם יש מים בנהר בשעת כתיבת הגט יש לכותבו אף על גב דלעתים רחוקים הם מכזבים, ובזוהר פרשת בלק דף קל"ג ע"א כתיב וישלח וכו' אשר על הנהר. על הנהרים מבעיא ליה וכו' ודאי הכי הוא דעל חד נהרא קיימא הה"ד דמשמע דכשהוא פוסק אין צריך לכתבו. ולזה כתב הגאון בעל ג"פ לחלק בין אין שם אלא הנהר הפוסק בלבד כותבין אותו. אבל כשיש שם נהר אחר אזי אין כותבין אותו כלל. ואח"כ כתב הג"פ דלפי שנראה מלשון מהרי"ק אין לכתוב שם הנהר הפוסק רק בשעה שיש שם מים אבל אם כותבין הגט בשעה שאין שם מים אין כותבין אותו כלל. ולפי"ז לכאורה אין צורך לחילוקו שכתב בין יש שם נהר אחר ובין אין שם נהר אחר רק דהשולח ממקום אחר כמו ששלח בלק אחרי בלעם לא היה יכול לומר ששלח מפתור על נהריים דמניין ידע דהנהר אז לא יחרב ולא ייבש ע"כ לא נאמר רק על הנהר משום דעל חד נהרא יתבא תדיר. אבל היושב בתוך העיר ורואה שם הנהרות מלאים אין ראיה מדברי הזוהר שאין לכתוב. ואיך שיהיה מחמת זה עצמו שצריך לראות בנהר אם יש שם מים אם אין. וכן מפני שאר הגימגומים אם אפשר למנוע מה טוב ומה נעים למנוע מתת שם גיטין בעיר עצמה. והנה במהר"ם פדווי סימן ה' מצאתי שנמנעו באייזענשטאדט (איננו אייזענשטאדט שבמדינה) מפני ספק שיש בנהרות ע"ש (וזה ימים רבים כתבתי על הטור בסימן קכ"ח דלפי מ"ש הג"פ דהב"י מפרש בתשובת הרשב"א בענין כתיבת הנהרות כפי' של מהרמ"פ אם כן צריך להגיה בב"י נוסח התשובה כמו שהוא בתשובה הנ"ל. אבל לפי הגירסא שלפנינו בב"י א"א כלל לפרש פירושו של מהרמ"פ. ואולם עוד כתב הג"פ לפרש בד"א ולא מגיה הג"פ בדברי הב"י א"ס "אין מסתפקין תמורת אם ה"ס מסתפקין). ואולם בספר איזה לכאורה אין גימגום כלל דגם לפי המדברים בלשון קלילא אם כותבין א' לבסוף לא משתבש שנהרגה שמות נשים ואנשים אנו כותבין אל"ף לבסוף אשר לפי המדברים אין נרגש הברת קמ"ץ ורק בלשון קלילא כמ"ש. נהר נאדיאג כמדומני כי הג"ע והאיפסילא"ן נקרא קרוב לדי"ע כמו שכותבין בגט דיארמוט ואם כן יתכן לכתוב נאדיאג כאשר כתבת:

וזולת זה אשר כתבת כי האלשת מפני הטורח. הנה יש לאדם למוד כחות גופו לבלתי העמיד על נפשו משא כבד אשר לא יוכל לעשות וע"ז נאמר ושם דרך אראנו בישע אלהים ואמרו חז"ל דשם אורחותיו. והלל בלכתו למרחץ אמר לתלמידיו כי ילך לגמול חסד עם אכסניא דילי' ה' בחסדו ישמח לבבינו וישלח במהרה מבשר טוב משמיע ישועה והשיב לב אבות על בנים כו'. דברי אביך המעתיר בעדך:

הקטן מאיר א"ש :

סימן עג

להרב הגאון המפורסים מהור"ר אברהם וועכסלר אב"ד דק"ק שוואבאך והמדינה יע"א :

אודות החקירה אשר חקר הדר"ג כ"י בשם זכוויל שכתב הב"ש לכתוב חסר א' והמגרש חותם עצמו באל"ף ודעת עמיתי הרב כי' לבלתי שנות חתימתו וכמ"ש הט"ז לענין שם יהודא באל"ף דאין משנין אם חותם עצמו כן ודעת הב"ש לנהוג לכתחלה כמ"ש הט"ז והדר"ג כי' אומר שאין להשגיח בחתימתו כי יש לחוש שנקרא בקמץ וכ"כ הב"ש בשם לארע' וכ"כ הב"ש בשם באלי ובשם שבתי וכ"כ בספר ג"פ בשם שבתי. ידיד ה' בשמות המוצאים בתלמוד וכ"ש בתנ"ך וודאי אין יכול לשנות ועם כל זה כתב הט"ז דאין משנין חתימתו ואפילו דיעבד פסול והב"ש באות מ"ס גבי שם מתתי' בסופו כתב דלכתחלה עושין כט"ז (ויש שם קצת טעות הדפוס שכתב ואם נכתב באל"ף כשר וצ"ל ואם נכתב בה' לאפוקי הט"ז דפוסל דיעבד וכן הגיה בעל עי"ג גיטין הוא הגאון מהור"ר זלמן מרגליות ז"ל המוזכר בספר חת"ס למו' הגאון ז"ל) וכ"כ הב"ש בשם פנחס ומ"ש הדר"ג כי' דיש לחוש שיקרא הקורא בקמ"ץ כמו בלארע. הנה אחרי שלא שמענו שם זכוויל בקמ"ץ אין לחוש לכך ולענין לחלק בין כתב משיטא לכתב הקודש שכתב מעכ"ת כי' דאף דרגילין לכתוב האות המורה על הניקוד בכתב משיטא מ"מ בכתב אשורית אין כותבין כן רק התנועות והניקוד מורים על קריאתו. אין נראה כן מדברי מהר"י בן לב בח"ג סימן ט' שכתב בשם פלטיאלא

שמאל

שאל השואל אם יש לכתוב באל"ף לפי שהגריגוש אינם רגילים בכן אפילו בגיטין לכתוב אל"ף במקום פת"ח והשיב שאין ספק שבין הספרדים צריך להזהיר לכתוב אותיות או"י מפני שכן כותבין אלו אותיות המורות על הניקוד יע"ש הרי אף על גב דכותבין הגט בכתב אשורית אפ"ה כתב הגאון דכותבין באל"ף וכ"כ הב"ש פאלומבא באל"ף (נראה טעמו מפני שמקורו בלשון ספרד) ומהר"י בן לב שם מדברי רש"י בכתובות דף ס"ט ע"ב שכ' על הא דאמר רנב"י ינחם כתיב כתב רש"י שאין לך לקרות בפת"ח אלא אם אל"ף או ה"א סמוכים לו או על פי הנקודה שתחתיה וכיון שלא כתב באל"ף ע"כ על פי מסורת הכתב אתה קורא ינחם וזהו המנוחם והתוס' כתבו שהוא דוחק וכתב המהר"י בן לב דדין טעמא דהרי כמו כן אין כתיב וי"ו אחר הנו"ן להורות קריאתו ינוחם וכתב הוא ז"ל לפרש לדעת רש"י דאם אין כותב שום א' מאותיות או"י המורים על הנקודה יש לחטוף הנו"ן ויהיה מן הקל שלפעמים הוא בודד ומפיק ליה מדלא כתיב אל"ף ויהיה מן מפעל הדגוש שרוצו יוצא לאחר עכ"ל. וכתב הגאון דלפ"ז יש לפסול אפילו דיעבד רק דאם א"א ליתן אחר יש לסמוך על דעת התוס' והריטב"א שלא פירשו כרש"י. ולפענ"ד גם דבריו דחוקים דגם בקל אם יקרא ינחם לא יהיה בודד ויהיה פירושו על האבל כי לא מצאתי פעל נחם על האבל כי אם בבנין נפעל וינחם יהודה או בהתפעל להתנחם וכיוצא ואם נאמר לדעת רש"י דאם היה כתב אל"ף וודאי אין דרך רק לקרוא בפת"ח. אבל כיון שאין כאן אל"ף אחרי הנו"ן אף שיתכן לקרוא בפת"ח מבנין הכבד או הנו"ן בשו"א מן הקל ויהיה הכוונה על המנחם ונ"מ נכון יותר לקרוא ינוחם יען על המנחם אין טעם להוסיפו ברחם אם אינינו כדאי לכך אבל על האבל יתכן להוסיפו ברחם לפקח לצערו כן נראה לפי עניות דעתי יותר בכוונת רש"י אע"פ שלשונו ז"ל אין מכוון כ"כ לפ"ז :

ואולם מעכ"ת כי כתב דגם הט"ז לא קאמר רק בשם יהודה וגדליה דאיכא למימר דהוא משני מפני כבוד השם ולא בזאכוויל שאין טעם לכתוב אל"ף. הנה בזה נחלקו שני גדולי ישראל הובא בספר כנסת יחזקאל בסימן ס"ט בכתב בעל כנ"י דאף הט"ז לא קאמר אל"ף בשם יהודה רק אם נקרא יהודה דאיכא למימר דמקורו מן גברין יהודאין. אבל אם נקרא ליב וחותם עצמו יהודה ליב וודאי טעות הוא ואין משגיחין בחתימתו. והגאון בעל שב יעקב חולק עליו וכתב דלדעת הט"ז (וב"ש לכתחילה) לעולם אין משגיחין חתימתו וכתב שם וז"ל וטעמו של הט"ז אף דחותם כך בטעות או מפני כבוד השם או מטעם אחר כיון דעכ"פ חותם עצמו כך אם שינה פסול עכ"ל והיינו מפני הר ואת חתימתו יאמר שאין זה הבעל ולכך פוסל הט"ז בדיעבד והב"ש חושש לכתחילה ויעוין בעיין בטיב גיטין הכרעה לחלק בין יודע לבור והכנ"י חזר והשיב לו דלא כתב כן הט"ז רק באם כותב כן מפני כבוד ולא בלי קיבה ולכאורה עדיין היה אפשר לחלק בין שם קודש שלא נמלא כלל כאשר חותם ובין שם חול ובפרט כי בלשון לעז שלנו דרכם לכתוב אות המורה על התנועה וכמ"ש מעכ"ת כי' ואולם שמעתי מפי הגאון מו' ז"ל כיון שהשם כתוב בספר ב"ש ודרכינו לנהוג כמותו וגרירין אבתריה כוותיה יש לכתוב. אמנם איניני יודע אם אמר כן גם לזכות מחתימתו ועכ"פ איך אשר יעשה הדר"ג כי' אין כאן חשש טעות ומכשול. וה' רגלי חסידיו ישמור. והנה כתבתי בחפזון מאוד ולא יכולתי לעיין כ"כ מפני טרדות העלומות ואתו הסליחה. דברי ידידו אוה"נ ;

הקטן מאיר א"ש :

סימן עד

בעזרת השם יתברך יוסי"ע סיון תר"ה לפ"ק :

ישאו הרים שלום חיים וברכה עד עולם לכבוד אהובי בני הרב המאור הגדול וכו' מוה"רר מנחם כי' :

נעימות ימינך הגיעני ושמחתי בשלומכם כו' אודות הענין אשר כתב הגאון בטיב גיטין בשם מורי הגאון זצ"ל שכתב בגט אחד על אבי המגרש אליעזר ליפא דמתקרי ליפא וביאר הגאון שם טוב טעמו ובקשת ממני להודיעך דעתי בזה. אחרי שמורי הגאון עשה מעשה ומלא אחריו הגאון מהר"ז ז"ל למה זה תשאל לדעתי ובפרט כי יותר טוב ליכנס בספק יתרון מאשר יכנוס בספק חסרון. וגם לענין המכונה ומתקרי נכון יותר לכתוב דמתקרי א"כ פשוט שיש לנהוג כמו שכתבו הגאונים ז"ל. ואולם בזה שנקרא לתורה בן יהודא ליב ואין יודע אם אביו נקרא כן לתורה ובפי כל הוא נקרא רק ליב בלבד דאז יש לכתוב יהודא ליב דמתקרי ליב. או היה האב נקרא רק בשם יהודא בלבד לתורה וכנויו בפי כל היה ליב וראוי לכתוב יהודא המכונה ליב זה צ"ע. הנה נילך אחרי הרוב ולומר דרוב בני אדם אינם נקראים לתורה בשם יהודא ליב וכמ"ש הב"ש בשם אברהם ואברם רחוק בעיני אחרי ראינו כי הבן נקרא גם בשמו הקודש ובשם החול לתורה. וגם עולה בשם אביו לתורה הקודש והחול יחדיו אף על פי שאי אפשר לו לשנות שם אביו מ"מ מהי תיתי לומר שלא היה שם אביו כך. ורק בשם אברהם אמרינן דמן הסתם כיון דהקורא לאברהם אברם עובר בל"ת ומן הסתם כלם נקראים על שם אברהם אבינו ע"ה. לזה יתכן לומר שהולכין אחר הרוב כיון שאינו יודע איך יקרא. אבל בזה הוא עצמו וגם שם אביו קוראין בשם הקודש והחול יחד לעלות לתורה גם כי יש לספק אולי לא היה האב נקרא לתורה אלא בשם יהודא בלבד אבל אי אפשר להכריע כן. לזאת יש לחקור בכל עוז אחרי שם אביו אולי אפשר להתברר ואם א"א להתברר. והמגרש גם הוא אינו יודע איך נקרא אביו לתורה נכון לכתוב שני גיטין ולעשות כמ"ש הנודע ביהודה בסידור שני גיטין הא' יהודא ליב דמתקרי ליב והשני בשם יהודא המכונה ליב והיינו אם עכ"פ ידוע שהיה האב מתקרי או מכונה בשם ליב בלבד ואז בשני גיטין יצאנו מידי כל חשש ונכון יותר מאשר נסמוך לכתוב שם יהודא ליב בלבד דאולי לא היה עולה לתורה רק בשם יהודא בלבד והוי שינוי השם. דהיודע איך נקרא אביו של זה יאמר שאין זה המגרש וקשה לחלק בזה ומסברא בלבד. ויותר טוב ליתן שני גיטין ע"ד שכתב הגאון בנודע ביהודה וכן הוא בגט פשוט בטלו כל החששות. וה' ברחמיו יצילנו מכל מכשול וטעות בתורתו ויראתו כל הימים: דברי אביך המעתיר בעדך:

הקטן מאיר א"ש:

סימן עה

לכבוד גיסי הרב הגאון מוהר"ר יצחק אייזק אב"ד דק"ק סיקסא כי' :

מעלת גיסי הרב כי' חקר וחקרת חכם בכתיבות שם מטל איך לכתוב בגט כי הב"ש פסק לכתוב חסר אל"ף מטל וכתב מעכ"ת כי' דכן הוא לפמ"ש הב"ש בשמות כיוצא בזה גלא דרזכא לריע אם נקראים בפת"ח נכתבים בלא אל"ף ובקמץ נכתבים בא' ורק שדברי הב"ש סותרים זה את זה לכאורה שפסק בשמות אליגיהאר גינאנדל טשארנע אם נקראים בפת"ח כותבים באל"ף ולזה יצא מעכ"ת כי' לחלק דאם יש שני שמות שאחד נקרא בפתח והאחד בקמ"ץ אזי זה שנקרא בקמ"ץ כותבים באל"ף ושנקרא בפת"ח מבלי אל"ף וזה טעם שמות הראשונים אשר כתב הב"ש שכותבין בפת"ח בלא א' אבל אם אין שם שם הנקרא בקמ"ץ אזי אף שנקרא בפת"ח כותבין אל"ף ולכך לדעתו ראוי לכתוב עתה שאין כאן שם מאטיל בקמ"ץ רק בפת"ח ראוי לכתוב מאטל באל"ף והב"ש שכתבו בלא אל"ף לפי שבזמנו היו נקראות בקמ"ץ ולכך היה צריך להיות חסר לא כן עתה אלו תורף דברי גיסי הרב כי' והנה לדברי והיה לו לב"ש לכתוב בשמות הנשים גם מאטל אם נקרא בקמ"ץ וכמו שכתב בשמות אחרים ולמה השיב ידו בשם מטל להורנו איך נכתב אם נקרא בקמ"ץ והרי כתב שם מייטלין אע"פ שאין לטעות בו כ"כ

וקנה

והנה בסוף מכתב הזה אכתוב מה אתי בעניי בפי' דברי ב"ש על פי דרכו ושלא כדבריו ואולם אמרתי לעיין קצת בדברי הפוסקים בענין זה והנה ראיתי במהרי"ן לב חלק ג' סימן ע' על שם פלאונבא שנכתב בגט חסר אל"ף וכתב דראוי לכתוב אותיות או"י שהן אותיות להורות הנקודי' אבל הספרדים לפי שבלשון לעז נזהרים בזה רק כיון דאין שם זה בשאר נקודות כי אם באל"ף אפשר להקל אם כתבו בלא אל"ף (כוונתו דהרי כל הרואה וקורא בגט שם זה לא יטעה כלל כי אם באל"ף אחרי שאין באותיות אלו שם אחר בנקודות אחרות וזה קצת שלא כדברי מעלת גיסי כ' ואולם דברי מהרי"ן לב לענין דיעבד ומעכ"ת כ' לכתחלה קאמר) רק כתב עוד מהרי"ן לב שיש לחוש לפי שבלשון לועז כאשר נראה לחטוף שתי אותיות כותבין מבלי אותיות או"י כגון פלו וא"כ יש לחוש שהקורא יקרא ג"כ בחט"ף והוי שינוי השם וכתב הגאון דתליא במחלוקת רש"י ותוס' סוף פרק מציאת האשה דאיתא התם מנין לאבל שמסב בראש כו' ופריך מנחם אחרים משמע ומשני הרכב"י ינחם כתיב ופירש"י אין לך לקרות פת"ח בשום מקום בשום אות אא"כ אל"ף או ה' סמוכים לו או על פי הנקודה שתחתי' כו' וכיון שלא נכתב כאן אל"ף ע"כ על פי מסורת הכתב אתה קורא ינחם וזה המנוחם ותוס' כתבו שפירש"י דוחק ופירש הגאון מהרי"ן לב דכוונת התוס' דהרי גם אם קורין ינחם חסר וי"ו ואם כן למה אין לקרותו בפת"ח מפני חסרון האל"ף ונקרא ינוחם אף על פי שחסר הוי"ו ופי' הוא דדברי רש"י דאין כוונתו לקרות ינוחם רק מפני החסר ראוי לקרות ינחם בחט"ף הנו"ן ואיכא לפרושי עומד כיון שהוא מהקל מה שאין כן לפי המקרא היה יוצא לשני וכתב דלפירש"י יש לפסול בחסרון אל"ף בשם הנ"ל רק שסמך בדיעבד על פירש התוס' שם (וכ"ז כתב מהרא"ש סימן ק"ו בסופו לענין שם חנוכה דאע"ג דהוא שם קודש מ"מ אם כתב חאנוכה באל"ף כשר דראוי לכתוב אל"ף וכמ"ש רש"י) והנה מ"ש לפרש לדעת רש"י דכוונתו מדלא כתוב אל"ף קרינן ינחם בחט"ף צ"ע דאם קרינן ינחם צריך לפרושי עומד וקאי על האבל מ"מ הא וודאי פשטא דלישנא ינחם גם בחט"ף שהוא מהקל פירושו שהוא ינחם לאחרים וא"כ איך שייך ללמוד שהוא האבל מסב בראש כיון דפשטי' על המנחם קאי ואם נאמר דגם לרש"י הדיוק מדלא כתיב מנחם כמ"ש התוס' רק שלא תאמר כיון דלפי המקרא ינחם לאחרים משמע בלבד וגם המסורת איכא לפרושי הכי וא"כ א"א לומר דקאי על האבל על זה קאמר רש"י דוודאי המסורת אינו כפי המקרא מדלא כתיב באל"ף וע"כ לפי המסורת ינחם בחט"ף יש לקרות ולא ידענו אם עומד או יוצא על זה יש להכריע דהוא עומד מדלא כתיב מנחם אבל לפ"ז אין כ"כ הכרח דלרש"י אם חסר אל"ף פסול כיון דעכ"פ גם לרש"י ההכרח מדלא כתיב מנחם. ועוד נראה דאם כתיב ינחם בחט"ף איכא למילף מיניה דע"כ האבל יושב בראש מענין הקרא גופיה דאם על המנחם קאי מאי פסיקא דיושב בראש ומאיזה טעם יהיה המנחם יושב בראש אם האבל גדול ממנו אבל אם קאי על האבל שפיר קאמר דהמנחמין לכבודו ולהפיס דעתו מושיבין אותו בראש וכמ"ש המהרש"א רק דאם אזלינן בתר המקרא הרי מפרש ינחם לאחרים ומה"ת נאמר דהמסורת חלוק מן המקרא על זה כתב רש"י דוודאי חלוק הוא דמן הסתם א"א לקרא ינחם בפת"ח אם לא כתיב אל"ף אחרי' וגם לפ"ז אין כ"כ הוכרח לפסול בשמות ולומר דצריך דווקא אל"ף היכא דמוקרי בפת"ח דכאן איכא הוכחה למילתא. ובתשובת דבר שמואל סי' כ"ד הביא דברי מהרש"ח ומהרשד"ם דאין עושין נקודות בגט א"כ מי ששמו שלמה במה יהיה ניכר בגט ששמו כך דלא שלמה בחול"ם כאשר נוהגים לרוב והעלה דבין בשמות הקודש ובין בשמות הלעז כל שכותבין אותו כפי הרגיל לכתוב או כפי אשר נוהגים אין חוששין. והנה גם למהרי"ן לב נראה דלא קאמר רק משום דמן הסתם יקרא פלונבא בחט"ף שכן דרך לקרות. אבל בשם תבל אשר אין טעם לקרותו בקמ"ץ יותר מבפת"ח וגם בחט"ף אין טעם לקרות אותו שהרי אין בו מאותיות או"י כלל גם לרש"י אליבא דמהרי"ן לב כשר לכתוב בלא אל"ף אבל עדיין לא שמענו לכתחלה איך יכתבהו:

ובספר עזרת נשים כתב באיזה תקנות בכלל זה בשם בארבאבאתי שקיל וטרי איך לכתבו וכתב שם דבלשון ערבי אין מקפידין לכתוב אל"ף שלא יטעה הקורא לקרות באופן אחר רק הריב"ש כ' דיכתוב בלא א' מטעם זה דאין מדקדקין בערבי בזה וסוף תמה על ס' שמות שכתב בשם גדולי' דכתב שני גיטין לאחד ששמו היה פרגון אחד באל"ף ואחד בלא אל"ף ומסקנתו לכתוב מלא מפני שכתב הרמ"א דכל היכא דאיכא לספוקי במלא וחסר כתבינן מלא ע"כ כותבין בארבאבא גם כתב בשם מטל ובשם בארונא דאם האשה נקראת המ"ם בפת"ח היה כותב מאטל באל"ף אחר המ"ם. וכן בשם בארונא באל"ף אחר הבי"ת גם שם אלגוהר לדעתו ראוי לכתוב מטעם די"ש קורין בפת"ח ויש בציר"י ראוי לכתוב בלא אל"ף אחרי הה"א דמקרי הכי ומקרי הכי וכל מה שכתב בזה הוא ברוב הדברים דלא כב"ש ובמ"ש בעל עזרת נשים בפשיטות דאם יש ספק ראוי לכתוב באל"ף יש לעיין ממ"ש הגאון בעל המזרחי בתשובה סימן ס"ו בגט אחד ששם אבי האשה תנס וכתב תאנס די"ש לפסלו וכתב הטעם דאין ראוי להכשיר גט זה כיון שנכתב בו אל"ף נוספות בין הת' והנו"ן מפני שהוא גורם שתהיה הת' נרחבת והנו"ן רפויה ושם תנס אינו כן כי נקרא בלשון הדגש וכאשר תקראנה רפויה תשתנה קריאתה לגמרי ואין שינוי גדול מזה כו' וזה נוטה לסברא שכתב מעלת גיסי הרב כ' דכתיבת האל"ף תליא אם מרבין האות הנקוד בפת"ח או אם מוטפין אותו ומה שדחה כ"מ כ' דלא נתנו דברים לשיעורין הרי כתב הרמ"א דאזלינן בכל מדינה אחרי המבטא לענין כתיבת השמות וכמ"ש למעלה בשם אלגוהר לדעת בעל עזרת נשים רק בזה יפה כתב מעלתו כ' דהב"ש היה לו לבאר כן ומשמע קצת מדברי המזרחי דיותר יש לחוש אם כתב באל"ף במקום שלא היה ראוי לכתוב מאשר לא נכתבה במקומה שהיה ראוי לכותבה כי שינה ושלש שם לכתוב כמה פעמים שהשינוי הוא ומפני כי בלא אל"ף תנס הנו"ן נדגשת ובאל"ף איננה נדגשת וזה ב"ד שהיה לו לכתוב טנס וכתב תאנים אבל אם היה לו לכתוב תאנס דהנו"ן איננה נדגשת וכתב תנס אין הכרח לדגוש הנו"ן כי בלא אל"ף שמות ופעלים רבים אם ההברה באות הראשון אין האות שאחריה נדגשת וכבר כתבנו בשם הב"ש דכל שהוא ראוי להקרות כך ע"ד כיון שהוא כתב כמנהג לכתוב ובעזרת נשים כתב כמה פעמים דאם יש ספק יש לכתוב באל"ף מטעם הרמ"א ולפ"ד המזרחי אפשר דגם הרמ"א מודה בזה היכא שיש הפרש באל"ף שתגרום לרפות האות שאחריה ולדבריו בשם מטל אם הטי"ת נדגשת ראוי לכתוב בלא אל"ף ואם איננה נדגשת ראוי לכתוב באל"ף ואם איננו מבורר לכאורה ראוי לכתוב בלא אל"ף ואולם בדעת הב"ש שלא יהיה סתירה בדבריו לפענ"ד נראה דדעתו ז"ל דכל השמות שנמצאו מהם בפת"ח ובקמ"ץ אזי אותו שנקרא בקמ"ץ כותבין באל"ף ואותו שנקרא בפת"ח כותבין בלא אל"ף להבדילן. ואולם בשמות שאין נמצא כלל בקמ"ץ אזי אם יש שם אחד באלו אותיות ובתנועה אחרת כגון אלגוהר שיש שקורין הה"א בפת"ח ויש קורין בציר"י אזי צריך להבדיל בין השמות דאותו שנקרא בפת"ח נכתבו באל"ף ושבציר"י בלא אל"ף. וכן גנאנדל יש נקראות גנענדל כותבין אל"ף בגנאנדעל דלולי האל"ף אין הבדל אם נקרא אותו בפת"ח או בציר"י כיון שחסר אותיות או"י וכן כל השמות שכתב הב"ש לכותבן באל"ף אע"ג שהוא בפת"ח הוא מפני שנמצא שם באותיות כאלו בנקודות אחרות והכלל הוא לדעתו כשאחד נקרא בקמ"ץ ואחד בפת"ח כותבין השם שהוא בקמ"ץ באל"ף והשם שהוא בפת"ח מבלי אל"ף וכשאין שם קריאת קמ"ץ כלל אבל יש שם מהם נקראים בפת"ח ומהם בציר"י או בחול"ם וכיוצא בו שאין הפרש באותיות רק בנקודות כותבין שם הנקרא בפת"ח באל"ף אבל אם אין שם אחד בשום נקודה רק בפת"ח כמו מטל דאין שם רק מייטלין בזה אין כותבין אל"ף שלא יטעה לקרות בקמ"ץ הנמשך מתוך האל"ף יותר מאשר נמשכת מן הפת"ח כידוע לכל מעיין קצת ובזה יתיישבו כל השמות שהביא מעלת גיסי הרב כ' וכמדומני ששמעתי ממו"ר הגאון אב"ד דק"ק פ"ב בהיותי אצלו במע"ד שאמר שאין לשנות בשמות עיירות ממ"ש הב"ש אף על פי

שנראה

שנראה שאין עתה השם כך מ"מ כותבין כפי מה שמבואר בב"ש השם ההוא וכן כתב הוא כמדומני שם מטל לאשה מבלי אל"ף וכמ"ש הב"ש מגל ודלא כבעל עזרת נשים שהזכרנו למעלה ואולם דבר ברור איני יכול להעד ואם אכתוב למורי הגאון נ"י אז בל"כ אשאלהו אם עדותי נכונה יכון ה' בחסד בסאו וירים קרנו עד כי יהיה בית ה' נכון וקרן ישראל ירים במהרה כנפשו וכנפש גיסו : הקטן מאיר א"ש :

סימן עו

תשובה מהגאון בעל חת"ס זצ"ל על ענין הנ"ל :

שיל"ת פ"ב נגהי ליום ה' כ"ח לירחא תליתאי תקל"ח לפ"ק:

שלום וכ"ט לי"נ הרב הגאון המופלג המפורסם. כערוגת הבושם כש"ת מהו' מאיר נ"י אבדק"ק אונגווואר יע"א :

מכ"ק הגיעני בזמני. אשר הזכרנו לטובה זה ששמע ממנו בק"ק מ"ד בשם מגל בלי א' עדותו כאמנה מאוד וכן בכל שם שאין הבע"ד יודע לחתום עלמו ואין מפורסם ממי ממשפחה כלמח שם זה אזי אין לזוז ממ"ש בית שמואל ואחריו בספר ט"ב גיטין שנתפרסם ונתפשט בעולם. ועי"ז הוא מוכח מתוכו וגם אין כאן ערעור ולעז. ומ"מ בשם מאטיל היה קשה עלי לסמוך על הב"ש כי הוא כתב לפי זמנו ומדינת פולין שחוטפין הפתח או אדרבא ממשיכין בהרילות מייטל אבל במדינותינו הכל חוטמין מאטיל ונקראים בשם לאומים מאליע מ"מ בדיעבד בודאי כשר אם נכתב כמ"ש ב"ש. יפתח ה' אולרו הטוב ויברכהו ויגדלהו כנפשו היקרה וכנפש א"כ דש"ת הבעה"ח משה הק' סופר מפפד"מ :

סימן עז

חקר מעכ"ת אודות אשה אשר מאז חותמת בשם פעסל בלא יו"ד אחר השמ"ך ובב"ש כתב לכתוב ביו"ד אחרי השמך וכאשר נשאלה האשה מדוע חותמה כך לא השיבה כלום רק שנראה שאין חותמה כן יען אין היו"ד נרגש במבטא. ואחרי המשא ומתן שהיה למעכ"ם נ"י בענין הזה היתה הסכמתו לכתוב פעסל בלא יו"ד יען כי מלא כן בס' ט"ב גיטין וכ"ה באמת שם דבמדינתינו שאין מרגישין ודוחקין היו"ד ראוי לכתוב בלא יו"ד וכן נכון וכ"ש בזו שחותמת כך. ואולם אח"כ בא למעכ"ת מכתב שכתבה האשה היא וחתמה בעלמה ביו"ד יען אמר לה אחד כי איננה חותמת עלמה כראוי ונסתפק מעכ"ת נ"י איך לכתוב עתה בגט :

והנה בדבר הזה אם נילך אחר החתימה לשנות ממה שנגלה כתוב השם במקרא או כפי המורגל לבטות השם ההיא יש דיעות שונות והובאו בב"ש בסדר השמות כמה פעמים ובל"ל סי' פ"ד כתב שם בשם הב"ח בשם זעליג דאע"ג דחותם עלמו בג' היה דעת הב"ח לכתוב בקו"ף והל"ל כתב שם טעמו שאין נרגש כ"כ הפרש בין ג' לק' בסוף המבטא ולזאת דעתו שם לכתוב מערקיל אע"ג דנקרא בשם מארקיל בפתח והתנו העט"ג חולק עליו וכתב שאין לכתוב רק מרקיל בלא ע' והב"ש בשם מהר"מ כתב לכתוב מערקיל בע' אע"ג דנקרא בפתח ותמה בט"ב גיטין כי בשם נעכא ובשם רעכל כתב מהר"ם לכתוב בע' אע"ג שנקראה בפתח וכתב הב"ש לא ידעתי מפני מה יש לשנות השם ממה שנקרא ומדוע לא כתב כן בשם מערקיל והסכים למהר"ם לכתוב בע'. ולפע"ד לפי מ"ש הל"ל הטעם דלכך יש לכתוב בע' כי שם מערקל נקרא בלשון ב"א בחטף סגול או בחטף פתח ואין השינוי ניכר כלל בין פתח לסגול רק כפי אשר ידמה האדם במחשבתו לשמוע כן ידמה לו ששמע בפתח או בסגול ובודם לו עה"ג כי כן הוא רק דהוא ז"ל כתב לכן יש לכתוב בלא ע' דאז יש לקרות בפתח או בסגול משא"כ אם יכתוב בע' אח"ד וזה לא ס"ל להל"ל ולב"ש כיון דמלינו לקדמונינו שם זה בע' אין לשנות מפני קריאתו אחרי שאין ניכר כ"כ הקריאה אם בפתח או בסגול ואולם ה"ד בשם אשר נקרא הברה הראשונה בחטף וכמ"ש הל"ל אבל בשם נעכא ורעכיל עיקר ההברה בראשית השם ודוחקין הסגול בשם נעכא ורעכל ע"כ כתב הב"ש שלא ידע מפני מה יש לשנות השם ממה שנקרא ולמעשה עוד ל"ע ולפ"ז היה מקום לומר בשם פעסיל כיון דאין ניכר כ"כ אם נקרא ביו"ד אחר השמ"ך או לא אין לשנות ממה שנמלא לקדמונינו לכתוב ביו"ד אבל אין בידי לחלוק על הגאון בעל ט"ב גיטין וכ"ש באשה שחותמת כך. ועכ"פ לכ"ע זה שאנו הולכין אחר החתימה היינו כי הוא מוכיח על שמו כי כן הוא כאשר יחתום באותיותיו ואם היינו יודעים בבירור שאין שמו כן כאשר חותם ולא היה מקום לומר שיש לו שני שמות נראה פשוט שאין נילך אחר החתימה כיון שידענו בבירור שאין חותם כהוגן ומעתה באשה זו שנקרא' בשם פעסל ולפ"ד הט"ג יש לכתוב כן בגט וכן חתמה עלמה עד עתה בלא יו"ד רק אח"כ אמרו לה שתחתום ביו"ד ועשתה כן אחרי כי ידענו בבירור שאין לאשה זו שם חדש מאשר היה לה בתחלה ובין היא ובין אחרים יזכיר שמה כבראשונה בלא הרגיש יו"ד א"כ נראה דאין לחוש למה שהטעה אותה איש לשנות חתימתה ורק הרב נ"י יזהירה ויודיע לה כי תחתום מהיום והלאה בלא יו"ד. דברי הק' מאיר א"ש :

סימן עח

בעזה"י יום ד' ח' מרחשון זכר א"ת דב"ר קדשו לפ"ק :

אור עולם. ומפענח כל נעלם. מי הקשה אליו וישלם. ה"ה הרב הגאון המפורסם לשם ולתהלה ממזרח שמש עד מבואו מופת הדור כקש"ת מוה' שלמה קליגר מגיד מישרים וראש השורים בק"ק בראדי יע"א :

גאון ישראל בימים הקדושים אשר עברו לטובה קבלתי מכתב מן הרב דק"ק זלאטשוב העתק מתשובת הדר"ג נ"י על אודות הגט אשר ניתן והבעל מערער עתה לפוסלו. והדר"ג בזרוע חכמתו לישע העלובה ההיא אשר קרוב לשנתים היא יושבת עגונה וגלמודה ואקרא על גאון תפארתו בנות ישראל אל הגאון הלזה תעלומה קראו אל ה' יאריך ימים בנעימים ובקודש כאול יאריך ימים והנה בעונות לבבו ביקש לצרף עוד מורה אחד להתירו ויתן עיני[ו] בכבודו בי גם כי אין אתי מאומה מלוה לשמוע דברי חכמים שמתי עיני בדברי קדשו. אבל להרב מזלאטשוב לא השבתי עוד דבר טרם אכתוב להדר"ג נ"י. והנה גוף הענין הוא איש אחד מברא"ד בשא אשה בזלאטשוב וגירשה בשם יהודה המכונה ליב ואולם בכתובת האשה נכתב ארי' המכונה ליב אבל הבעל בשעת גירושין שטעו לכתוב בכתובה ארי' ונשבע ע"ז שבועה חמורה בעת שסידר המסדר הגט שנקרא לתורה בשם יהודה ולא בשם ארי' אבל חתימתו בשם ליב לבדו וכן הוא נקרא בפי כל בשם ליב והשלים מעות להביא עדות מברא"ד איך נקרא לתורה ובבואו אל הדר"ג נ"י שלח בעד השמש לדרוש עליו ואמרו בקלויז אחת שנקרא יהודה ויקח המעות המושלש וכעת מערער שהוא נקרא ארי' בעלייתו לתורה ומביא עדים ע"ז מקלויז אחרת וכ' הדר"ג נ"י דנראה מדברי התוס' בגיטין דף כ' ע"א דשינוי בשם הטפל אינו פוסל מדכתבו לפרש מתני' דשינה שמו ושמה בא"י לו שני שמות אחד ביהודה וא' בגליל וכתב שם דביהודה בגליל ולא פירשו בשינה ממש רק דקאי על שם הטפל דכה"ג החסרון אינו פוסל והשינוי פוסל ודלא מוקי הכי ש"מ דגם השינוי אינו פוסל דאין לו' להיפך דבכה"ג פשוט יותר דפסול דהרי גם בשינה ממש לא הוי קשה להו רק דמשמע דחסר כשר ושם מוכח דחסר פסול ולולא סוגיא ההיא הוי ניחא להו לומר דאם שינה גוף השם כשר לרבנן ורק לר"מ פסול וא"כ הוי להו לתרץ דמיירי בשינוי שם הטפל דכשר לרבנן ורק לר"מ פסול. ובחסרון כשר לכ"ע אע"ב

בשינוי שם הטפל כשר לכ"ע אלו תוקף דבריו. והנה אגב חורפי' דמר ועירדא דשמעתי' עלה על דעתו הראה שהתוס' רלו לומר תחילה דלר"מ שינה גוף השם פסול ולרבנן כשר ולכן קשי' לי' למר דהוי להו לתרץ דמתני' מיירי בשינוי שם הטפל אבל באמת אינו שם בתוס' כלל דלרבנן יהי' בשינוי כשר רק. דלר"מ הוולד ממזר ולרבנן לא הוו שינה שמו רק פסולא דרבנן אבל חלילה לו' אף בתחלה שיהיה כשר ודרבנן שינה עיקר השם לרבנן ואיך אפשר שיאמרו כן הרי שם בגיטין דף פ"ו ע"ב ומבואר דשינה שמו ושמה גם לרבנן הוולד ממזר ודייק מדלא ערביכהו ואתניכהו וכבר התעוררו גדולי המפרשים לפרש דברי התוס' אלו ופירוש הפנ"י כוח ומיושב ועכ"פ לא נמלא כלל בתוס' שיהיה כשר בשינה השם לרבנן רק בלא כתבו כלל ולמסקנא כתבו התוס' דבלא כתבו כלל פסול לכ"ע ונראה דמד"ת פסול וכ"כ הפ"י לדרך אחד והוא העיקר לפענ"ד בדעת התוס' וכן כתב הג"פ בסי' קכ"ח ס"ק יוד אליבא דהתוס' בגיטין. ועכ"פ נראה לפענ"ד די"ל כא"ל שכ' הדר"ג כי' דהתוס' ס"ל בפשיטות אם שינה השם אפי' הטפל פסול מד"ת וכ"ז להלכה בעלמא אבל בנידון זה שכתבו יהודה המכונה ליב הרי כתבו שם יהודה לעיקר וליב בלשון ונכוכה. ואם באמת יהי' שמו ארי' נראה דאף לדברי הדר"ג כי' הוא פסול דהא כתבו שם יהודא לעיקר וא"כ אין השינוי בשם הטפל אלא בשם העיקר הכתוב בגט. וכמי דדעת הריב"ש אם כתב שני השמות אף שכ' הטפל תחלה ואת העיקר כתב אח"כ בפירוש כשר (ואף בזה י"א כמ"ש הג"פ בסי' קכ"ע ס"ק י"ג אבל הב"י בש"ע פסק כהריב"ש) היינו בלא שינוי ס"ל כיון דשני השמות כמשפטן אין לפסול באיזה מהם תחלה או סוף אבל זה שכתב יהודה המכונה ליב אם אין שמו יהודה רק ארי' השם שנראה בגט לעיקר מפני שהוא בשינוי נראה ברור דגם להדר"ג כי' יהי' פסול:

ומ"ש גאון תפארתו כי' עוד כיון דהי' בידו להחזיק עצמו בשם זה כאמן הוא לומר ששמו כך בשעת גירושין אעפ"י שעתה אינו בידו מ"מ הרי היה בידו מעיקרא ודימה זה למאי דאיתא ביו"ד סימן קכ"ז לענין נאמנות ע"א לא ירדתי לסוף דעתו כלל בזה דהתם לענין נאמנות באיסורין יתכן לומר כיון שהיה פעם אחת בידו והיה נאמן או מטעם מגו או מטעם בעלים כמבואר בהגיזקין דעת הראשונים בזה אף כי עתה אין בידו י"ל דנאמן גם מעכשיו כמו מלפנים דהייט מאמינים לו מפני נאמנות דוודאי אומר האמת אבל בשם הבעל דיש לחוש אולי משנה שמו וכותב גט שיש לבעל האשה אחרת להפקיעה מתחת בעלה ואמרינן דכל שהוחזק שלשים יום בעיר שוב אין חוששין לו' דכולא האי לא הי' אפשר לו להסתיר עצמו ולשנות שמו א"כ זה שאנו סומכין אחר למ"ד יום אינו על נאמנות רק שאין לנו עוד ספק דאולי אין זה שמו כיון שהוחזק למ"ד יום וא"כ אין לומר שנאמין לו עתה מתוך שהיה נאמן בתחילה לפני למ"ד יום דהרי גם אז לא היה נאמן רק דבלמ"ד יום היה מתברר האמת שכי שמו וא"כ בזה שאומר בשעת גירושין שאין לנו בירור אין להאמינו בכך וק"ל:

ואולם גם מבלי סברא דבידו יש מקום לומר דנאמן הבעל לומר ששם עלייתו לתורה היה יהודה לפמ"ש מהרי"ק שורש פ"ז דכל שקורין אותו בשם לעז והכל יודעין שכל הנקרא בשם כזה יש לו שם אחר בקודש לעלות בו לתורה. אז הבעל נאמן לומר איך שמו לעלות לתורה הביאו ג"כ מהרמ"ח בג"פ סי' ק"כ ס"ק י"ב דאפי' מומר שאין ידוע שמו ביהדות אפ"ה נאמן כיון שידוע שיש לו שם יהודות. ובאמת דדין זה במומר צ"ע דאיך לא נחוש במומר שמתכוון לקלקלה כמו שאינו נאמן לעדות אשה (אע"ג דלא דמי) ובמהרי"ק שם אינו ומבואר דהמומר דנאמן הוא לומר איך שמו דלפענ"ד אין לו ראיה ע"ז דהך דגר שבתוספתא וכן מומר שכתב ר"ת איכא למימר דמיירי שהאמת ידוע שכך שמם לא מפיהם רק אפילו רק מפי אחרים קודם הכתיבה או רח"כ ולא בא ר"ת לחדש רק שיכול לגרש בשם יהדות וכן בתוספתא אבל מכין שיהא מומר נאמן על כך ולענ"ד דגם מהרי"ק לא בא לומר רק אע"ג שנשתקע שם דגיות בגר ולהיפוך

במומר כיתבין שם השקוע הוא וגר ומומר והיינו מטעם שכתב שם כיון שידוע שהיה לו שם אחר ולא נחית מהרי"ק שם לענין נאמנות מומר אבל מ"מ מי שאינו מומר נראה דנאמן מדברי מהרי"ק וג"פ וכ"ש זה שנשבע דאיכא למימר כמ"ש הדר"ג ואע"ג דעכשיו יאמר הבעל שאין זה שמו ולפי דבריו נשא נשוא כפשו ונשבע לשקר אמרינן השתא הוא דאיתרע ועד עתה היה בחזקת כשרו' ואמרי' דבאמת נקרא לפעמים בשם יהודה ולפעמים בשם ארי' וכיון שהוא חותם עצמו בשם ליב בלבד וביאר דאאתימתו עיקר. ואף הג"פ חקר בזה אם שם החתימה נשוכה משם קריאת התורה איזה עיקר יע"ש בסי' קכ"ע ס"ק ל"ת מ"מ בנידון זה שם במקום הגירושין לא נודע כלל איך עלה לתורה וגם הפתם לא היה רגיל לעלות וא"כ נראה עכ"פ שם ליב מקרי עיקר השם וכיון שיש עכ"פ אחד שלפני הדר"ג אמר שהיה נקרא לתורה בשם יהודה אף את"ל דנקרא בשם ארי' בבהכ"נ אחר בברא"ד כיון דשם בזלאטשוב אין מכיר בשם ארי' זולת מה שנכתב בכתובה לא מיקרי זה שכ' יהודה שינוי רק שחסרו שם ארי' וכתבו יהודה שנקרא ג"כ וכיון שנכתב שם העיקר המכונה ליב ובשם הקודש אין שם שינוי כדברי הדר"ג דמן הסתם הוה נקרא יהודה אם כן יש להכשיר במקום עיגון והדר"ג כי' כדאי לעלמו ויש לעיין אם יש לחוש ללעז ולאסר אינני בריא בעו"ה א"א לי לעיין עתה בדברי תשובת הרמ"א בסי' ל"א שהאריך בזה:

לא אחדל לכתוב בקיצור על מה שהשיב הדר"ג בזה שהבאתי דברי כימוקי יוסף בענין נאמנות ע"א כל שאינו סותר החזקה ואמר מר דלא דמי דהרי ריש גיטין קאמרין אבל כאן איתחזק איסורא דא"א הוי דבר שבערוה ולדברי הרי הגט אינו סותר החזקה הכה אף לדברי הדר"ג היה מקום בזה ליישב לדעת הנימוקי יוסף מה שהולרך לומר תרתי דאתחזיק וגם דהוי דבר שבערוה אבל לפ"ז ניחא דאם נאמר כדעת מהרי"ק בשורש ע"ב וכן בר"ן בגיטין דלדבר שבערוה דווקא היכא דאיתחזיק לריך שנים ולכאור' א"כ מה בין דבשב"ע לשאר איסורים אלא דבשאר איסורים כל שאין העד מגיד נגד החזקה נאמן ובדבר שבערוה כל שיש חזקה אע"ג דאין עד מעיד לעומת החזקה אפ"ה לריך שנים אבל באמת לא דמי כאן לא ידענו כלל אם יש שם גט כשר וכתב לשם אשה זו והיא בחזקת א"א אין להתירה עפ"י ע"א אבל אם אנו יודעים שיש כאן גט כשר כה"ג לברר מיקרי ואינו סותר החזקה כלל ככלפענ"ד ברור ולהדר"ג הברירה את אשר יוכשר בעיני כבודו. דברי ידידו אוה"כ:

הק' מאיר א"ש:

סימן עט

בעזה"י יום ה' תלא שכתד"ר לפ"ק פה אונגוואר יע"א:

מכתבו הגיעני ואודות הגט אשר שלח בעל לאשתו ויש בו חששות שהזכירו מעכ"ת כי' אחת לאחת ראשונה בשם אבי האשה ששמו אברהם ליב כתב בגט אברהם יודא המכונה ליב והנוב"י כתב שיש לכתוב אברהם יודא דמתקרא אברהם ליב וטעמו מבואר שם דתיבת המכונה אינו קאי על השמות רק על האיש או האשה ואם נכתב בכה"ג המכונה ליב יאמרו שזה האיש אינו נקרא רק ליב ולכך לא כתבו דמתקרי אברהם ליב זה יש לחוש לפי דעת הנוב"י ולא ידעתי מה שפקפק מעלתו כי' על דבריו וכ"כ הבאים אחריו הגאון מליסא והגאון בעל ב"ת ומיום אשר ראיתי דברי הנוב"י נהגתי כדבריו ז"ל דבזה וודאי ילאנו כל החששות ומ"מ מי שכ' כדברי ב"ש וכ"ש בזה אבי האשה אשר לדברי מעכ"ת כי' נקרא בפי כל רק ליב אין לחוש בפרט שכבר ניתן:

ומה שלא היה מעורה מתחתון לעליון וגם תשורה עליונה לא ירד לתחתונה. רק נון כפופה. ולא קוף או נון פשוטה בזה נראה שאין קפידא לכל הטעמים אבל מה שלא עלה. מתחתונה לנגד בענין שאין זה הגט מעורה וכבר כ' הט"ז שיש

גערות. ולמש"ך מתחתונה לשורה עליונה וכמו שהביא מעכ"ת נ"י. וכן הוא המנהג בכל הגיטין שראיתי והנה יש שני טעמים על מה צריך לדעת הרמ"א מעורה א' משום קפר א'. ובזה וודאי יש כמה סתירות ומתלמוד דאין צריך להיות מעורה וכמ"ש הב"ח. ואולם הב"ש כ' הטעם משום שיכול להזדייף ולהוסיף שיטה בין השיטות ובזה יישב דעת הרמ"א שלא הכשיר אלא במקום עיגון והיה מקום לומר הכ"מ בין שני הטעמים אם האות יורד למטה מן השורה עליונה סמוך כל כך שא"א להוסיף שיטה שם בכה"ג כל שאין עולה מן התחתונה לעליונה. ולפ"ז יש מקום לומר דעד כאן לא החמיר הרמ"א אלא במקום דאפשר להוסיף אז אין מתירין לדעתו רק במקום עיגון. אבל במקום דא"א להוסיף מודה הרמ"א דכשר. גם שלא במקום עיגון אלא שלא מצאתי מי שחולק בזה וכ"ש שהט"ז תופס טעם דקפר א' בעיקן ואפ"ה אינו מכשיר אלא במקום עיגון :

גם מה שנקרע בשין של בנפשיכי ברא"ש המואלי שלפני ראות עניס אינו נשאר מן הרא"ש לצד השין מאומה רק לפי מה שראו אחרים יאמרו שנשאר קצת לצד השין כבר ראה מעכ"ת נ"י מה שכתב הב"ש בסי' קכ"ה סעיף קטן ל"ו דלמעשה אין להקל שלא במקום הדחק וכ"ש שלא ביאר אם נעשה קרע זה אחר הכתיבה או בתחילה היה הנייר קרוע שם גם ממה שכתב בזמן ואר' בעה תחת וארבע אף דכשר בדיעבד מכל מקום לכתחלה וודאי ראוי לכתוב כמשפט הלשון וכמו שדקדקו רבותינו בזה ומעכ"ת נ"י כתב שהמסדר ידיו רב לו בפוסקים ורק שלא דקדק בגט הזה ומה מועילנו זה אהרי שלא דקדק באלו אולי גם בדברים אחרים לא דקדק ואם אינו במקום עיגון לא ידעתי מדוע נזקק מעכ"ת נ"י לסדרו ועתה אם מקום עיגון הוא אין לעגנא ות"ה. אבל אם אינו מקום עיגון אין אני מורה היתר מבלי גט שני ואם יש מי שמורה לו היתר יורה כרצונו. דברי ידידו הקטן מאיר א"ש :

סימן עט

אודות הגט אשר סידר מעלת כת"ר נ"י וכתב שם האשה רייזיל וערערו תחילה על מה לא כתב רייזא מפני שכך קורין אותה שיומא רייזא ומעכ"ת השיב להם שהוא שם שעשוע בלבד ומאחר דלא נודע כלל איך היה שמה מהעריסה יש לכתוב עיקר השם הנה באמת איניני בקי בשמות מדינתכם אשר נתחדשו יום יום ולא נמצאו בב"ש ובג"פ כלל. אך ראיתי בתשובת בית אפרים באשה שנקראת מעריסה בשם אסתר רוזא ושוב נקראת בפי כל עטיא רוזא והורה לכתוב אסתר רוזא דמתקריא עטיא דהוא נראה מזה דאינו שם שעשועים בלבד ובאמת לא ידעתי מדוע יהיה רייזל עיקר ורייזא שעשוע. ואולם אחרי החקירות שעשה מעכ"ת נ"י ושאל ודרש היטיב על בוס מה נקראת האשה בשם זה ונודע כי על שם קרובתה נקראת כן ושיא היתה שמה רייזל בלמ"ד ובפרט כי גם בכתובתה נכתב כן יש בזה לבטל הערעור הנ"ל :

ועל מה שכתב בשני יודי"ן והשם נקרא בליר"י ומבואר בב"ש וכן בספר עיז גיטין שכל שם שנקרא בליר"י כותבין ביו"ד אחד ורק כשכותבין בפת"ח חריף כותבין ב' יודי"ן ומעכ"ת כתב שסמך על עמודי עולם שהמנהג פשוט לכתוב כן בכתובות ושטרות כל כה"ג בשני יודי"ן בזה לא אוכל לדבר מאומה כי הדבר זר מה ראו לשנות מחדש ממנהג הראשונים והנה בשם הירש וכדומה שאין כותבין בעי"ן ותמה מעלתו על זה נראה ברור דתחלת שם זה היה באמת נוטה לחירו"ק או לליר"י ולזה אף שאח"כ מפני שינוי המבטא נשמע כמו סגו"ל ומ"מ לא זזו מכל אשר מצאו לרבותינו הקדמונים וסמכו על זה שכתבו הגדולים שם זה ביו"ד. ועוד שאין השינוי ניכר כל כך וכמו שכתב הנ"ל בשם מערקיל דלא ניכר כל כך אם נקרא בפת"ח או בסגו"ל והודה לו בזה חתנו בעל עבודת הגרשוני. אולי מ"ז לא הביא הב"ש בשם מערקיל דאין משגין כמו שכתב בשם כנעלא דדוקא בשם מערקיל דעיקר קריאתה בחט"ף פת"ח או סגו"ל. וכמו שגם בלשון הקודש ישתנה בין כשיש כ"ח נראה בסוף או כ"ה נסתר אף שאין למדין בשמות מדקדוק לה"ק זכר לדבר מיהא הוי והחוש יעיד לכן בשם מערקיל ההברה נופלת על סוף השם ותחילתו נחטף לכן אין ניכר אם קורין בפת"ח או בסגו"ל. אבל בשם כנעלא עיקר ההברה על האות השני וניכר היטב איך קורין לזה אין משגין :

ומכל מקום כיון דשני יודי"ן מורין לפי מה שכתוב בכל מקום על פת"ח חריף או במקום שמדגישין היו"ד השניה חיים וכדומה אם כן מה ראו לעשות שני יודי"ן סימן לליר"י : (חסר)

סימן פ

שאלה להגאון חת"ם זצ"ל :

ילמדנו רבינו מה משפט שליח אחד שהביא הגט לאשה שפירש בעלה ממנה זה שנתים ימים ובהיות השליח בדרך יצא קול שהאשה הרה לזנונים מן השליח ובבוא השליח עם הגט חקרוהו ב"ד על ככה ויען כי הרשיעה ממנו ואם יתן לו אבי האשה שני מאות זהובים יקח אותה לאשה. ויענו המסדרים ההמה אליו כי בהיות כן אסורה עליו עולמית ובשמוע הנ"ל את דבריהם חזר בו ואמר שהכל שוא וכזב שהאשה אינה מעוברת ממנו ולא מעוברת כלל ורק למען הוציא ממון מן אבי האשה אמר כן ובדקו האשה על ידי מילדת אחת והעידה כדבריהם שאינה מעוברת כלל וכמשלש חדשים אחרי כן נגלה חרפתם והוכר עוברה ומענה בפי האשה כי אחרי שהגיע גט לידה זנתה עם השליח וכן הגיד הנבל ההוא גם כן ובא לקחת אותה לאשה ושאל השואל אם מותרת לו :

ולכאורה זה פשוט שאף אם לא היה קול ענות הנ"ל והודאת פי רשע שהיתה אסורה לו שהרי משנה שלימה שנינו המביא גט ממ"ה ואמר בפ"נ לא ישא את אשתו וכתב הב"ש בסימן י"ב דאף דמשמע דבא"י אף אם אמר בפ"נ מ"מ מותר לישאנה. והנראה שלא ראה הגאון ב"ש את דברי הרשב"א בחידושיו ביבמות שכתב להדיא דאסור אף בא"י כי לא נתפשטו ביתיו. מ"מ האידנא דאף בא"י צריך לומר בפ"נ לא ישא את אשתו ומיגלא לדידן דאף אם הביא הרשאה מקויימת צריך לומר בפ"נ מטעמים שכתב הריב"ש בסימן ס"ח וכמ"ש הרמ"א בסימן קמ"ב שכן המנהג ממילא אסור לישא את הגרושה ולכך כתב בסדר הגט שמודיעים לשליח שאסור לישא את הגרושה :

ואולם גם אם יתקיים הגט אח"כ ומדברי מהרש"ל ביש"ש יבמות פ"ב סימן כ' שמותר לישאנה לכאורה יש לאוסרה מפני הודאת פיו בפני המסדרים שבא עליה בעודה א"א ובדיקה זו לא ידעתי מה טיבה וכי ההריון אסורה ומאין ידע הבליעל אם היא הרה או לאו והגדתו אחרי כן כי שקר ענה בנפשו אינו כדאי להיות מבטל דבריו הראשונים. שהרי באומרת טמאה אני אף שמהני אמתלא מכל מקום לא מהני אם אומרת טהורה אני ולשחוק אמרתי לך תחילה. וכמבואר בי"ד בסימן קפ"ה וע"כ היינו מפני שאין דרך בנות ישראל לשחק בכיוצא בזה וכן כאן וכי דרך בני ישראל שיאמר על עצמו שעבר ובעל אשת איש מפני כדן שני מאות זהובים והרי אם אמר שלא כאף עמה ועם כל זאת רוצה לישאנה כ"ש שיתן לו אביה כדן כרצונו. והלמח לדק בסימן י"ד הוסיף לומר שכל שיש לומר שהאמתלא אינה אמת ורק לסיבה מה אומר כן אינה אמתלא ולכך הורה באחד שבתחילה כיחש שלא נתעברה ממנו ואחרי שהוליאו אותו מבית האסורין והבטיחו לתת לו כדן חזר בו וכתן אמתלא כי ירא אם יודה יהיה מוכרח לקחתה באפס דמים והורה הגאון שאסור לישאנה תוך כ"ד חודש דהרי אינה אמתלא

בלבך

בלכך חזר בו ומפני בלע ככף ולדבריו ה"ה בנידון דידן באף שחזר בו כיון שמפני כך חזר בו לפי שמוע שאסור לישאנה אין חזרתו כלום אף אם היה האמתלא טובה. ואולם ראיתי בזכרון יוסף אה"ע סימן ב' שתמה על דבריו דא"כ אף באומרת טהורה אני וכהנה אמתלא לדבריה וכן באמתלא דבני אדם שאינם מקובלים כאומר דילרא אלבבה. ולפענ"ד נראה דהל"ל לא אמר רק היכא דאיכא למיתלי שהאמתלא לקיבה ידועה אין כח באמתלא לאמת היפוך דבריו הראשונים כגון התם שאנו יודעים שהיא מעוברת ואסורה לכל העולם בתוך כ"ד חודש רק לבעלה ואנו באים להתירה לו מפני שהודה והרי ומתחילה כיחש ומכח אמתלא כתירנו ולזה כיון שיש לומר שדבריו האחרונים הם לקיבה ידועה סליק את דבריו בין הראשונים ובין האחרונים כמי שאינו והרי היא מעוברת ואינו יודע ממי ומתילא אסורה עליו אבל בהאשה שמן הקתם היא בחזקת טהרה ובחזקת פנויה ורק מכח דבריה שאמרה טמאה אני באים לאוסרה והרי נתנה אמתלא לדבריה ואף שיש לומר שהאמתלא לקיבא זה מ"מ סליק דבריה הראשוים והאחרונים והרי היא מותרת לפי זה לא היה דברי ל"ל לענין נידון זה ואולם לכאורה בלא"ה לפענ"ד אין זה האמתלא כלל להתירה עליו :

ואולם העיקר היתר האשה אני כבוך דכיון דקיי"ל כדברי הריב"ש דבעי קיום אף כשהרשאה בידו ומכ"ש אם אין ההרשאה מקויימת וכיון שכ"ל בפ"כ אם כן איך כאמין בזה שילא עליו קול שחשוד על העריות דהרי לאפוקי לכ"ע אינו נאמן בין לר"כ ובין לר"ש דסנהדרין ופירש ר"ת דהייכו שילא עליו קול וחשש בעלמא ואף לרש"י וסיעתו שכתב דבא על הערוה ממש מ"מ כתב הב"י בח"מ סימן ל"ד דמודה דפסול לעדות אשה לאפוקי למאן דפסק כר"מ דחשוד על הדבר לא דנו ולא מעידו. והחלקת מחוקק בסימן מ"ב רלה לומר בתחילה דהלשון משמע רק על הקידושין להיות עד על הקידושין ועל הגירושין ושוב הביא לשון הרש"י שכתב על לאפוקי הייכו להעיד מות בעלה ולדבריו עדיין לא שמענו אם כאמן להעיד בפ"כ שהכתב מוכיח. ואולם הרב המגיד בפ"ו מהלכות גירושין דקדק שאר פסולים מה"ת דאיכם כאמנים להביא את הגט מן סוגיא דסנהדרין דחשוד על העריות פסול לאפוקי ולעיולי מכלל דפשיטא ליה דלשון לאפוקי בוודאי כולל הבאת הגט ולפי דברי הלח"מ גם יש מקום לפסלו יותר להבאת הגט משאר פסולי תורה ואף שיש לדחות זה שהרה"מ מפרש חשוד על עריות בא על הערוה ממש מ"מ שמעכו דפשיטא ליה דלשון לאפוקי כולל הבאת הגט ומקל וחומר כמי יליף לה דאם אינו כאמן להעיד שמת בעלה כ"ש שאינו כאמן להבאת הגט ומה שתמה הלח"מ שם דבגמ' אמרינן ק"ו להיפוך דאשה כאמנת להביא גיטה ויש פירכא על ק"ו של הרה"מ דחמש נשים יוכיחו שאין כאמנות לומר מת בעלה ואפ"ה כאמנת להביא גיטה. נראה לפע"ד דהרב המגיד ה"ק אם בעדות אשה כאמן לומר מת בעלה שהכשירו בו כל הפסולים מגזירת הכתוב כגון אשה וקרוב אפילו הכי פסלו הפסולים מחמת רשעים דחשדינן להו דמשקרי אף על גב דהיא מלתא דעבידי לגלויי ואשה דייקא ומנסבא מפני חומר שהחמירו עליה בסופו מכל שכן הבאת הגט בא"ל דלא הוי מלתא דעבידי לגלויי וגם לא דייקא דליכא חומר דהרי אי אתי בעל ומערער לא משגיחינן ביה אינו דין שלא כסמוך על דיבורם וטעם דלמא משקרי ושוב לא שייך לומר חמש נשים יוכיחו דהתם כיון דליכא למימר לקלקולא מכוונא דהרי אי איתא בעל ומערער לא משגיחינן ביה אין טעם לפוסלן להבאת הגט מפני שנאתן יותר משאר נשים דעלמא ובתלמודן לענין אשה עלמה שפיר עבדינן ק"ו דהיכא דאין לחשוד שמשקרת כאמנת דאשה עלמה גם כן אין לחוש שמשקרת והרי להרמב"ם מותרת בלא קיום הגט כלל היכא שלא הותנה הוי שליח להולכה עד דמטיא להתם. ועוד מבלי הקיל אשר יצא עליו הרי האיש הזה לפי דבריו כחש וענה על עצמו שעשה נבלה כזו לבוא על א"א ושיה כוונתו לישאנה אם כן איך כאמינהו לאמר בפ"כ הרי הוא נוגע בדבר ובאה"ע סימן ז' כתבו הח"מ וב"ש דאף על גב דכתן

המעיד על השבוי' לא ישאנה מ"מ מותרת לכהן אחר ואין חוששין שמא העיד עליה מפני שהיה בדעתו לישאנה. אמנם שם איירי שלא ראינו שהיה בדעתו לישא אותה ואף אם בתחילה היה בדעתו אם כאשר הגידו לו שאסור לישאנה הוא עומד בדבריו הרי הוא כמעיד עליה שטהורה היא. אבל כאן שראינו שמתחיל' ועד סוף הוא בדעתו לישאנה לכאורה הוא נוגע גמור מן התורה וא"א להאמינו מלבד שאם ישמע עתה שאסור לישאנה ואינו חוזר מדבריו הראשונים שהרי לריך שיאמר דווקא בסמוך לנתינת הגט. ובדין נוגע בעדות ראיתי בנודע ביהודה תניא בכחלקו בחא"ה סי' קכ"ח המהר"ס ברבי והרב המחבר דמהר"ס ברבי ס"ל דנוגע פסול לומר בפ"כ לדעת מהר"י בן לב והמשאת בכיומין דפסלו נוגע בעדות להעיד שמת בעלה והרב המחבר שם דעתו דנוגע כשר לדעתו דהרי אשה עלמה והעבד עלמו מביא כו' ואין נוגע גדול מזה. וכן חמש נשים שסונאות זו את זו כאמנת להביא את גיטה ואחת מהן לרתה והרי היא נוגעת בדבר שהרי בגירושי לרתה כתרבה שונתה אע"כ דנוגע כשר :

והנה מדברי הרה"מ דלעיל משמע דכל היכא דאיכא למיחש דמשקר ולכך פוסלים אותו לומר מת בעלה כ"ש שאין נאמנות להביא גיטה לפ"ז ראויה לפסול נוגע. ומה שהביא ראיה מאשה ועבד כלפענ"ד דלדעת הרמב"ם בפרק ז' מהלכות גירושין ובפ"ו מהלכות עבדים דאשה ועבד בלא התנה עליהם הוי שליח להולכה אף שאין הגט מקויים מ"מ נאמנים. ולדבריו פירש הריב"ש בסימן שפ"ה דקושית הגמ' בגיטין סוף פ"ב אשה מכי מטא גיטא לידה איגרשה ובלא בפ"כ נאמנת ומשני דאמר הוי שליח להולכה כו'. וכתב הר"ן אע"ג דיש לה מיגו מ"מ שלא תחלוק בשליחות וכמ"ש הלח"מ בהלכות גירושין. ואם כן כיון דיש לה מגו ואין לחשוד אותה כלל רק מפני שלא תחלוק שוב אין לפוסלה מפני נגיעה :

וכן מי שהביא ראיה מחמש נשים דהדא מינה לרתה דנוגעת דע"י גירושי' כתרבה עונתה כלפענ"ד דגם כן אין ראיה דהרי הרשב"א בחידושיו שם הקשה אמאי חמש נשים נאמנות בא"ל משום דאי אתי בעל ומערער לא משגיחינן ביה דמ"מ לא תהייכה נאמנות דאהכי לה דאפקה ומבעלה ודיה בכך ותי' דאיהו לא קפדה לאפוקי דמידע ידעה כשתלא זו תכנס אחרת תחתיה ולא נתכוונה זו אלא לקלקלה של חברתה. ולדברי הרשב"א אין כאן נגיעה משום ריבוי עונה. ומדברי הרשב"א משמע דנוגע פסול דעיקר קושותו רק מכח נגיעה לכאורה :

ובתשובת הרשב"א סימן תקס"א ראיתי ששאל אם שכיר שהביא גט נאמן לומר בפ"כ וכתב וז"ל ואפילו רבה מודה אחר שלמדו ואין זה נאמן. אף על פי שהוא שכיר ואינו נוגע בדבר דתנן הכל כשרים לכתוב — כ"ע להביא—את הגט חוץ מחש"ו ולא הוליא שכיר ועוד דתנן אף כו' חמותה ולרתה כו' ומה בין גט למיתה שהכתב מוכיח ומו"ה הגאון כי' כתב על הגליון בשם ספר קול בן לוי שהגיה ואף זה נאמן והיא טעות דמוכח. ולכאורה דמית שגם מה שכתב ואיכ"ו נוג"ע בדבר הוא טעות סופר. שהרי לכאורה הוא נוגע. ועוד דאם אינו נוגע מאי לריך ראיה דכשר. רק דא"כ לא היה הראיות מובכים דאם נוכיח מדלא תני שכיר בכל הפסולים מכלל דנוגע כשר אף דהוא חשוד מדאורייתא לשקר א"כ יקשה אמאי לא תני שאר פסולים דאורייתא דהרשב"א מודם בהו דפסולים להבאת הגט. וכמבואר בחידושיו ריש גיטין. וכן יקשה על הראיה השכיה דהרי גם בפסולי דאורייתא הכתב מוכיח ואפ"ה פסולים. וחמש נשים לא נוגעות הן וכמ"ש למעלה בשמו אע"כ דדוקא שכיר הכשיר הרשב"א וכוונתו לפע"ד על פי מה שראית בתשובת רא"ש בקונטרים עגונות דף ד' ס"ב וז"ל דנוטל שכר להעיד לא הוי כשאר נוגעין בדבר דנוגע בדבר הוי כשיש לו הנאה בגוף העדות וכו' אבל בנוטל שכר להעיד דאין לו זכות בגוף של העדות אלא זכות הוא לבעל דין ונותן

לו שכר ומזון כדי שיעיד לא הוי אלא כפועל במשלמין לו שכר טרחו בשביל זה לא חיישינן דמשקר עכ"ל. ומבואר דנוטל שכר להעיד אינו נוגע ומ"מ מדרבנן פסול. ולכך נסתפק השואל אם כשר להביא את הגט. ולזה השיב לו הרשב"א דכיון שאינו נוגע בדבר וליכא למחשדי' דמשקר שאינו נוטל רק שכר טרחו אין לפסלו. והביא ראיה דאם כאומר דפסול מדרבנן כדין שאר נוטל שכר להעיד. א"כ אמאי לא תני במתניתין הכל כשרין להביא את הגט חוץ משכיר כמו דקתני חוץ משוטה ושכיר הוה רבותא טפי משוטה שזה אינו אומר כלל וזה אומר. דבשלמא שאר פסולי תורה לא קשיא אמאי לא תני להו דפשיטי דפסולים כיון דחשידי דמשקרי ושוטה איצטריך ליה דסד"א כיון דשמע קן קולמסא וקן מגילתא ופתוח כה"ג מהני קמ"ל דאף בשוטה מהני קמ"ל. אבל פסולי עדות מן התורה מטעם דמשקרי לא צריכא לאשמועינן אבל שכיר שאינו חשוד דמשקר אמאי לא תני אע"כ דבאמת מהני. וק"ק דלמא משום הכי לא תני דלא שייך שיפא דקיבל הקטן כו' בנוטל שכר. וכן הראיה שהביא מדקתני חמש נשים נאמנות שהכתב מוכיח נמי אתי שפיר. דהרי חזינן דאף דפסולים בעדות כל שאין לחשוד לשקר נאמנים וה"ה שכיר. ולפ"ז יש ללמוד מדברי הרשב"א דכתב דשכיר כשר ואינו נוגע בדבר מכלל דאם היה נוגע היה פסול לומר בפ"נ. וראיתי בספר גט פשוט סימן ק"כ סעיף קטן ע' שכתב שמהרי"ן לב נשאל אם שליח הגט שנוטל שכר נאמן לומר בפ"נ והשיב דאין לחוש כיון שמתחלת שליחות התנה תנאי השכירות. ומדבריו יש ללמוד דאם היה נוגע בעדות היה פסול לומר בפ"נ ובעל גט פשוט שם הקשה דאמאי לא חילק ואמר באם נוטל שכר הרבה שאינו נאמן. ותירץ דכיון שיש בידו כתב הגט המוכיח ולדבריו צ"ע. אם כן אמאי פסול אם לא התנה מתחילה. וצריך לומר דאף בנוטל שכר הרבה ליכא למחשדיה. ואולם ספר רביעי הזה של מהרי"ן לב לבדו ישנו בידי וראיתי שכתב עוד טעם אחר דנאמן כיון דנוטל שכר להעיד אינו רק דרבנן ורוח להשואל שיעיין בפסקיו וא"כ ע"כ לא איירי בנוטל שכר הרבה דכה"ג הרי כתבו בשמו דפסול מד"ת. ועכ"פ משמע מדברי כולם דנוגע ממש דיש לחוש שמשקר פסול:

והנה הנודע ביהודה שם בעצמו לא החליט להכשיר נוגע כשאין ההרשאה מקויימת. אבל אם ההרשאה מקויימת שכתב הריב"ש בסימן ש"ח דאפ"ה צריך לומר בפ"נ מטעם דחיישינן לנפילה בזה סמך על סברתו. דזה אשם רחוק דאם כן אף בכלים דלא מצלי איכסי ניחוש לנפילה. ובזה היה אפשר לומר דדעת הריב"ש דדווקא בגט מכשירין בכיס וארנקי דהוי נפילה דיחיד וכעין שכתב הח"ל בסימן קל"ד ובזה אפשר ליישב שלא הביא הש"ע דין כלים דלא מצלי איכסי בסימן י"ז דהתם הוי נפילה דרבים. ומ"מ הריב"ש בעצמו כבר כתב שם דאינו אלא חומרא וכ"כ הב"ח בתשובה סימן ק"ב מטעם דהרי קיי"ל דאפילו לנפילה דרבים לא חיישינן. וקשה היכא מדמה הגאון איסורא לממונא כדאיתא בפרק קמא דב"מ וכי"ב כתבו התוס' ביבמות בסוגיא דיצחק ריש גלותא. וכתב הב"ח שם דאף עפ"כ כיון שאין הגט מקויים לא בקיום הגט ולא בתקנת חכמים אם יצא הבעל ויערער היתה צריכה להביא עידי שליחות ועידי מסירה לפנינו והו"ל דבר ולא חצי דבר אם לא מסרו בפני עידי השליחות עצמם. וזה הוא דעת הרמ"ה שהביא הריב"ש שם ולא ידעתי מפני מה עזב הגאון בעל נב"י טעם זה וסיים הב"ח שם דאע"ג דמשמע דהמרדכי והרשב"א לא חשו לזה מ"מ יש להחמיר למעשה כדעת הרמ"ה כיון שהטור הביא דעתו ולא חלק עליו עכ"ל. ונראה דדעת המרדכי והרשב"א כדעת התוס' בב"ק דס"ל דאין צריך שיועיל עדותן לשום דבר רק אם ראו כל מה שיוכלו לראות לא הוי חצי דבר. אבל לדעת הרי"ף וסיעתו דצריך שיועיל העדות לדבר זה דאל"כ הוי חצי דבר. דברי הרמ"ה אמת וכ"כ הב"ש דמחלוקתם תלויה בזה בסימן קמ"ב סעיף קטן ק"א. ול"ע שלא העיר למעלה כלום ואדרבה כתב בסימן קמ"א סעיף קטן מ"ד דדין הריב"ש הוא חומרא בעלמא ואיך יהיה חומרא מה שלהרי"ף ותוס' והרמ"ה והטור הדין כן. ואולי מפני שהרמב"ם קוצר גם הוא כהרי"ף דפסק פכ"א מהלכות עדות הלכה חי"ת שאע"פ שהוא תם משלם א"כ שנדחק הכ"מ ליישבו ואפשר שכיון לומר דלכך לא הוי לענין יעודי תורה חצי דבר שהרי הועיל עדותם לענין חצי נזק דמשלם אף כשהוא תם. ואולי דעת ב"ש דלענין קיום הגט שיועיל אף חצי דבר ולכך כתב דאינו רק חומרא בעלמא. רק דלזה אין לו ראיה מדברי המרדכי והרשב"א כיון דאיכא למימר דסברי כתוס' בב"ק וכ"מ במרדכי סוף גיטין וברשב"א בסוגיא דשליש הביא סברת התוס' ומעתה בנידון זה השליח אשר פי שנים ברעתו חשוד על העריות וגם נוגע בדבר וכמו שהעיד לעצמו צ"ע אם יועיל אף אם ההרשאה מקויימת והב"ח בתשובה שם החמיר עוד לחוש גם לדעת הרמב"ם דאפילו קיום הגט לא מהני כיון שהש"ע הוא כתב דעתו:

עוד נסתפקתי לדעת אביאסף שהביא המרדכי בב"ב סוגיא דנסכא דר' אבא דאף דקיי"ל אין אדם משים עצמו רשע מ"מ נשים עד אחד עמו המעיד עליו כן הוא משים עצמו רשע וכן ראיתי בראב"ן בסימן ק"ז ודייק כן מדלא נקט רבא בפלני. אלמא דווקא בכרגע שאין העד שעמו יכול לדעת אם הוא לאנסו אם לרצונו אבל היכא שהעד שעמו מעיד עליו שהוא רשע והוא מודה ליה פשיטא שהוא משים עצמו רשע. ואם כן יצא עליו קול איך הוא הדין אם הוא מודה שהקול אמת דהרי לכמה דברים קול עדיף מעד אחד כגון לענין מיגו דאמרינן במקום ע"א היכא שאינו מחייבו שבועה ומגו במקום קול לא אמרינן. וכן הרא"ש בתשובה כלל ל"ח סימן א' כתב דאם שלוקח טוען שקנינו קודם לשיעבוד שמלוה וקול מפורסם בעיר שקנינו היה אחרי ההלואה המלוה גובה וממנו אף שפשוט דע"י עד אחד לא היה גובה מ"מ ע"י הקול המפורסם גובה. הביאו הגאון הסמ"ע ריש הלכות חזקת קרקעות ואם כן כשהוא מודה שהקול אמת כמו בנידון הלזה לדעת הראב"ן ואביאסף הוא משים עצמו רשע:

[ויעויין חת"ס ח"ש אה"ע סימן כ"ג]

סימן פא

אשר שאל מעכ"ת כי' בהא דאבעי' בב"מ סימנין דאוריי' או דרבנן כ"מ לאהדורי גט אשה בסימנים ומשמע מדברי רש"י שם ובחולין דאי סימנים דרבנן א"א לאם לתקן כלל שיחזירו גט אשה בסימנים ותמה מעלתו דהרי יש לאל יד החכמים להפקיע קידושין כמבואר בכתובות וגיטין. הנה אמת דמשמע כן ברש"י וכ"מ מדבריו בפירוש בגיטין דף כ"ז ע"ב ויפה תמה מעלתו וליישב דברי רש"י אעתיק קצת לשון הרשב"א בתשובה סימן אלף קס"ב שנשאל אמאי לא הפקיעו חכמים קידושי מומר משום עיגון וכמו שחשו לעיגון והתירו א"א בעדות ע"א והשיב דבכדי לא הפקיעו רבנן קידושין ואף גבי אין אונס בגיטין לאו משום עיגונא בלבד אלא משום דמאן דיהיב גיטא כי היכי דלא לפקיעונהי רבנן קידושי מיניה ומשוו לבעילתו בעילת זנות אסוקי מסיק אדעתיה אפילו אונסי דשכיח ולא שכיח ומחיל להו אבל בכדי לא אפקעינהו ולכך באונסא דלא שכיח כלל דלא מסיק אדעתיה יש טענת אונס בגיטין והאי דאותביה בבי כורסא היינו משום דעיקר קידושין שלא ברצון חכמים אה"ד הרשב"א בתשובה ועיין שם ובסימן אל"ף קפ"ה ומעתה בגט הנמצא דאם אין זה הגט ששלח הבעל אזי אף ברצון הבעל א"א לגרש בגט אחר שלא נעשה לשמה אם כן לא שייך לומר אפקעינהו רבנן לקידושין והנה בגט ש"מ דאמרינן בגיטין דף ע"ג גם דאם עמד אינו חוזר התם ג"כ איכא למימר כדברי הרשב"א דכדי שלא יפקיעו רבנן קידושי מיניה גומר ומגרש ואף אם יעמוד יהיה גט וכן בביטלו ומבטל כאומר דמשום שלא יפקיעו קידושין ממנו אמרינן דאינו מבטל בלבו וכן כתב הרשב"א בגיטין בשם ר"ש וכתב שם דהקשה עליו ר"ת דתינח כשהוא הבל ארוכה מאי איכא למימר ול"ע היך כתב בתשובה

דעיקר התקנה ומפני שסמכו על כך שיגמור ויגרש כדי שלא יפקיעו חכמים קידושין ויהיה בעילתו בעילת זנות והוא׳ יש לומר לדעתו דוודאי היכא דאין שם רק קידושי כסף או שטר כיון דהפקר ב"ד הפקר בזה וודאי יש לחכמים להפקיע קידושין אף מבלי הסמך שיגמור ויגרש דכיון דמפקרי רבנן הממון ממילא אין כאן קידושין וכדאמר רבינא לרב אשי תינח דקדיש בכספא מאי טעמא אבל היכא שקידש בביאה או בנשואה דאמרינן דשויא רבנן לבעילתו בעילת זנות בזה אם לא היה סמיכת חז"ל על שיגמור לא הפקיעו רבנן מפני תקנת עגונות ועשו בעילת זנות אם לא שסמכו על זה שיגמור ויגרש וכיון דלא מצי לתקנה בנשואה ובקידש בביאה השוו מידותיה ולא הפקיעו אף בקידושי כסף ושטר וכל זה לענין התקנה. אבל על תירוצו של ר"ש שפיר הקשה תיכף ארוקה דאיכא שנא יחפה כמובן כן נראה לפענ"ד ליישב דברי הרשב"א ז"ל:

סימן פב

אשר נשאל מעכ"ת כי' אודות גט אחד אשר נהיה בשביבותיו והבעל מערער ומוציא קול כי הטעתו לגרש והוא שהדבר כי מתחלה עמדו למשפט לפני מעכ"ת כי' וב"ד ויטען הבעל שהיא מצערת אותו זה זמן רב ומורדת מתשמיש כמה פעמים ושעיני' נתנה באחר ע"כ חפץ לגרשה והאשה השיבה כי שנוא הוא לה ומאיס בעיני' גם אין לאל ידו להביא טרף לביתו וכלה קרן ע"כ החפוץ להתגרש ואחי האשה קצתם נראו כאוהבים להבעל ומסכימים לדבריו ומקצתם היו כאויבים לו ומכחישים אותו ויבינו הב"ד כי יש מרמה בדבר. ויבקשו לשום שלום בין הזוג ולא עלה בידם לזאת כזדקקו להם עוד והלכו אח"כ למקום אחר וסידר הרב וב"ד גט ויגרש אותה ובשוב הבעל מדרכו מצאו אביו וידע בעיניו הדבר אשר עשה בנו והנה מעתה מערער הבעל כי אחי האשה הערימו עליו שיחשיד את אשתו המותם להטעותו ולהפקיעו ומתחרט על הגירושין:

ומעכ"ת כי' פלפל בחכמה אם יש לחוש לדעת רש"י בגיטין דף ע"ז דס"ל לל"ק אם לא אמרו למוציא משום שם רע דלא יחזור לעולם לא בלבד לעז יש אבל גם מעיקר הדין יש לחוש דהגט בטל וכתב כת"ר כי' דרש"י ס"ל דהוי' גילוי מלתא בעלמא כמו זבין ולא אילטריך לזוזי ומה שהקשה התוס' אמאי בעי ר"מ ת"כ כתב ר"מ לשיטתיה דס"ל דגם במעכשיו צריך ת"כ וה"ה במתנה על מה שעבר ולכן אף כאן צריך כפול למלתא אבל לדידן דלא פסקינן כר"מ בהא באמת נ"ל כפלי הנה לדידן בהך דזבין אדעתא למיסק לא"י ולא"כ שהביאו התוס' כאן ובכתובות הוי מידי דלהבא בכה"ג לדידן צריך ת"כ ולפ"ה סגי בכה"ג בגילוי דעתו בלבד ולא צריך כפול א"כ מ"ש דלר"מ צריך כפול. ועוד נראה דרש"י לל"ק דבמעכשיו א"צ כפילא דהרי עי.דו הרלב"ים אם א"צ כפילא במעכשיו א"כ אמאי תיקון שמואל בגט שכת"ר אם לא מתי וכו' והת"מ תירץ לדעת הרמב"ם דמיירי בלא מעכשיו והא דאמרינן באם מת דהוי כלאחר מיתה ואין גט לאחר מיתה היינו באם לומר אם מת גרידא דהוי כקובע זמן לחול בו הגט אבל אם כפל התנאי מוכח דהוי תנאי ולא קביעת זמן והב"ש בסימן קמ"ה לדעת הרי"ף והרשב"א ומעיקר דין א"צ ת"כ כלל אפילו בלא מעכשיו רק דשמואל חייש דילמא איכא מאן דס"ל כר"מ ואם לא יכפול תנאו יתירו אותו גם אם לא יתקיים התנאי ושרי א"א לעלמא. והרי רש"י פירש לקמן דף ע"ה ע"ב על הא דשמואל דלכך בעי כפילא דאי לא כפליה הוי גט מיד ואי כהן הוא פסולה לו הרי דלא ס"ל כהת"מ דלדידיה אי לא כפליה לא הוי גט כלל דומיא בלא מעכשיו וגם הסברא דמשום חומרא התקין שמואל כן לא משמע דס"ל לרש"י דא"כ לא היה לו לומר דאי כהן הוא פסולה לו והיה לו לפרש עיקר הטעם שחשש שמא לא ימות ויתירו אותו שלא כדין (וזה ראיה להרא"ש דרש"י ס"ל כר"מ ולא כשעה"מ שכתב דאיכא למימר דרש"י כרשב"ג ס"ל) מיהו לפמ"ש הת"מ לדעת הרמב"ם באיילונית בלא אמר כלום נמי לא יחזיר משום דקהוא כפירש"י ותמהו עליו דהרי להדיא אמר רבא דבעינן כפילא והנכון דדעתו כדעת המאור בגילה דגרע יותר אם לא אמר כלום בדבר שיש בו אומדנא דמוכח מהיכא דאמר והוציא בפיו ולא אמר כמשפטו שוב ראיתי שכתב השעה"מ כן בשם הפר"ח בנים חיים מעתה לרש"י הן מתני' דמוציא שם רע והן מתני' דאיילונית שוס דלא כפליה מילתא רק באיילונית דלא היה צריך לפרש כלום אם פירוש ולא הותנה כמשפטו אינו כלום ומגרע גרע אבל במוציא משום שם רע דעכ"פ צריך גילוי דעת לא צריך כפילא כלל וכן בהך דמייתי תוס' עכ"פ צריך לגלויי דעת אין הגילוי מגרע כלום:

ובש"מ בכתובות הביא בשם תוס' הרא"ש להקשות על רש"י דא"ל דמשום גילוי דעת יכול לקלקלה דבאיסור לא אזלינן בתר אומדנא דבמתנת ש"מ אם עמד חוזר ובגט אם עמד אינו חוזר (והיא קושיא בעיני דלפמ"ש רש"י שם וכ"ה ברא"ש עצמו בגיטין דף ע"ג ע"ב מוכח לכאורה להיפך ול"ל דאליבא דר"ת קאי הרא"ש שם ושוב ראיתי גם זה בשעה"מ) ועוד כתב דאם היה חשש קלקול ממש מה הועילו חכמים במה שאמרו לא יחזיר יע"ש. והנה התוס' וכל המפורשים לא הקשו כן על רש"י ופשוט דס"ל דאחרי שיאמרו לו דלא יחזיר אם עודו מגרש שוב אין כאן גילוי דעת כתנאי ממש לא היה מועיל מה שאמרו לא יחזיר יש להקשות תירוץ ב"י על הרמב"ם והרמ"פ שלא הצריכו כפילא לא במוציא שם רע ולא באיילונות והיינו משום דסברא זו כתב הרא"ש דבאיסור אין אומדנא היינו לאביי דס"ל דגילוי דעתא בגיטא לאו מלתא הוא אבל לרבא דס"ל דמילתא הוא וודאי אין לחלק מעתה לאביי מדלא קשיא ליה דרבנן אדרבנן היינו משום דס"ל דגילוי דעתא דהכא הוי גילוי דעתא דזבין ולא אילטריך רק דבכאן באיסור אין אומדנא מזיק וכיון שכן א"א לתרץ דרבנן אדרבנן כרבא דכיון דתנאי ממש וודאי אין כאן בגילוי דעת וודאי אין חילוק בין כפלי' ללא כפלי' דאם בלא כפלי' בכה"ג בממון מהני ואף בכפלי' בכה"ג באיסור מדינא לא מהני ורק ללעז חיישינן ואם כן אין הפרש בין כפלי' ללא כפלי' ע"כ צריך לבכ"י רבנן כאן באומר כאן בלא אמר וכמ"ש הב"י אבל לרבא דס"ל גילוי דעתא בגיטא מילתא א"כ ע"כ ס"ל דגילוי דעת דהכא לא הוי כמו זבין דא"כ לא הוי מועיל הא דלא יחזיר וכמ"ש הרא"ש בתוספותיו וכיון דלא הוי גילוי דעת ולכך צריך כפילא וכיון דרבא לא אמר הכא רק משום דס"ל גילוי דעתא מלתא היה אף באיסורין והרי אנן לא פסקינן כוותיה דרבא בהא. ואולם דעת רש"י משמע וודאי דאף בגט מהני גילוי דעת דהר לדידיה הא דאמר רב הונא גיטא כמתנתו היינו בגט ש"מ דאם עמד חוזר מוכרח דמהני בגט גילוי דעת ואף לדידן דלקיימ"ל כרב הונא היינו משום גזרה שמא יאמרו וכו' ואף דאיכא למימר דהתוס' אליבא דרבא קאמרי הך גזרה לא משמע שיהיה כל הסוגיא שם שלא אליבא דהלכתא ומ"מ הכא מהני דלא יחזיר לבטל הקלקול דשוב ליכא גילוי דעת מעתה בנידון זה לדעת רש"י אם היה מגלה דעת בשעת הכתיבה שהוא מוציא משום שם רע וודאי היה לחוש הרבה אבל כיון שבשעת כתיבת הגט ונתינתו לא אמר כלום אע"ג דביומים שלפני הכתיבה היה נראה כי חפץ להוציאה מפני כך מ"מ כל שלא אמר בשעת הכתיבה והנתינה אין בכך כלום לכ"ע והוא פשוט דהרי תנן במתניתין המוציא אשתו משום ש"ר ומשום נדר לא יחזיר ואמר ר"כ לל"ק והוא דאמר לה וכו' ואי לא אמר לא מצי מקלקל מבואר דאע"ג דאמר שלא בשעת גירושין שבדעתו לגרשה משום ש"ר או נדר דהרי מתניתין מיירי דידעינן שהוא מוציאה משום ש"ר ואפ"ה אמר ר"כ צריך שיאמר וכ"כ מהר"ם אלשי"ך בתשובתו ועיקר ערעור של מהר"ס לובלין היה שכולם אמרו לבעל לפני הכתיבה כי בעמדו יחזירנה ואף בזה נחלקו עליו וכ"ש שהמנהג עתה לומר בפירוש שהוא מגרש מבלי תנאי ומה שהקשה מהרמ"פ דהוי לחז"ל לתקן שיגרש בפירוש בלי תנאי דאיכא קושיא דכהי דלל"ק לא היינו מתקנין משום שלא יהיה ב"י פרוצות שלא יחזור אבל זה שאמר שהוא מוציא משום שם רע או נדר למה

יתקני חז"ל תקנתא לתיקון הפרוצות זה אף לנ"ק עדיף :

ומה שכתב מעכ"ת כי' לחוש לגט מוטעה כי אחי האשה הטעוהו ואמרו לו שזכתה בזה לא מהני ביטול התנאים כי חשב בלבו שזה ודאי אמת יפה כתב מעכת"ר דלא היה לו לסמוך עליהם ולחפש ולחקור הדבר אם היה מגרש מפני כך ויש להביא ראיה לזה מדברי הרא"ש סוף נדרים שכתב דהלכה כר' המנונא דאשה שאמרה לבעלה גרשתני נאמנת ואף על גב דלמשנה אינה נאמנת לומר טמאה אני דחיישינן שמא עיניה נתנה באחר וכתב הרא"ש דעוד נראה לו טעם טוב דאפילו למשנה אחרונה היא תובעת שיגרשנה בעלה וחיישינן שמא עיניה נתנה באחר ותנשא לו אחר שיגרשנה בעלה אבל ודאי חזקה שלא תאמר לבעלה גרשתני להפקיע עצמה בטענת שקר ולהיות באיסור אשת איש כל ימיה ואם נאמר דאם היא משקרת ולא נטמאה הוי גט מוטעה גם באמרה טמאה אני לך ראוי להאמינה כי גם אז תהיה באיסור א"א כל ימיה וזה עדיף דהיא עצמה אמרה טמאה אני לך אלא ע"כ דאפילו באומרת טמאה אני לך אינו כמגרש על תנאי אם היא טמאה. ולכאורה מגופא דמתניתין מוכרח כן דקתני חזרו לומר שלא תהיה אשה נותנת עיניה באחר ומקלקלת על בעלה וקשה מאי איריא משום דמקלקלת על בעלה תיפוק ליה אם נותנת עיניה באחר ומשקרת מי שישאנה על ידי גרושין יכשול באשת איש וכמלאת מקלקלת עצמה וגם אחרים עמה אלא משמע דאינו מגרש דוקא על דעת זו שהיא טמאה רק דיש לדחות דאם לא חששו חז"ל שתהיה מקלקלת על בעלה זה החשש שאמרנו אם היה ראוי להאמינה באומרת טמאת אני לך היו חז"ל מתקנים שיאמרו להבעל בשעת גירושין שיגמור לגרש בכל ענין אף שהיא טהורה ולכך הוצרך לומר הטעם שלא תהיה מקלקלת את עצמה אבל מדברי הרא"ש יש ראיה דלדבריו אם היא באיסור א"א יש חזקה שהוא נאמנת אם כן אמאי לא האמינו אותה גם למשנה אחרונה ויגרשנה סתם ומ"מ יש לדחות דשאני התם כיון דאיכא גמירי ותשבנה כיון שיש לה גט מבעלה היא מגרשת גמורה ואף אם יאמר לה הב"ד אח"כ שאם היא משקרת לא הוי מגורשת לא תחזור אח"כ מדבריה ותפקיע עצמה מבעלה ותטול גט וכתובה ואולי באמת לא תנשא לאחר ולכך לא האמינה אותה ומוכרח בלא"ה לומר כן להרא"ש דאם לא כן יתקנו חכמים לאומרת טמאה אני לך שיגרשנה בעלה בפירוש ע"ת אם היא טמאה כיון דיש סברא להאמינה כמשנה ראשונה הע"כ צריך לומר דהוא תחשוב שיגרשנה בעלה לחלוטין ואף שיגד לה כי אינה מגורשת רק על תנאי לא תחזור מדבריה ותפקיע עצמה מבעלה :

והפ"י בפתיחתו כתב לתרץ קושית הירושלמי דמאי צריך קרא למחזיר גרושתו תיפוק ליה דאסורה משום שניה וכתב הוא ז"ל דאיצטריך היכא שטען פ"פ מלאתי וגרשה דנאמן לאוסרה עליו ואח"כ מצאו לה בתולים אבל השני דמגלי מלתא למפרע דלא הוי בקי ואיצטריך קרא לאוסרה משום מחזיר גרושתו משניסת ואם נאמר דאם מגרש מאמת שחשב שאסורה עליו ונמצאת מותרת הוי גט מוטעה אם כן אף זו היתה מותרת לחזור לו מדאורייתא וצריך היה השני לגרשה אם ימצא בתולים ומותרת לחזור לראשון אלא דלפ"ז היה מוכרח מן הירושלמי שהקשה כן להיפוך וע"כ צריך לומר כיון שהיא מוכחשת או שותקת ע"כ צריך הוא לגרשה לחלוטין אף אם היא בתולה בנישואיה דאם לא כן א"א לה להנשא לאחר ואם תנשא תהיה אסורה לראשון ולשני ובלא"ה דברי הפ"י ז"ל שם לחדודי כי הרי לדבריו א"א לאוקמי קרא רק בנתקדשה בנערה קטנה ולא בעי הירושלמי לאוקמי בכה"ג דהרי כי יקח איש אשה כתיב וסתם אשה גדולה כדמוכח ריש פרק בנות כותים. ובגיטין דף כ"ה סוף ע"א פי' רש"י על הרעה הסכית א"א משמע דעובדא קנא לאו איסור א"א הוי ואיך שהיה בנידון זה שעמד לפני מעכ"ת כי' וב"ד וטען שמרדה עליו ומונעת ממנו תשמיש ועיניה נתנה באחרים והיא גם היא אמרה שמאיס ושנוא הוא לה והרי היא ראויה לכל איש ישר הולך לגרש אשה כזו וכמבואר בסימן קי"ע סעיף ד' ובח"מ וב"ש שם דאפילו בזיווג ראשון אם היא בעלת מריבה דמקשטא לו ומהדרא ליה גבה מלוה לגרשה. א"כ לאו כל כמיניה דבעל שגירשה סתם בב"ד ולא אמר בשעת גירושין כלום לא הייתי מגרשה אם לא הגידו לו אחיה כי זינתה מה שלא הזכיר כלל לפני הגירושין ומה שטען כי העידו במוכת שתסתר למען יחשדנה אף אם ראה בעיניו שנתייחדה מ"מ אם היה היחוד באופן שהיה לא היה איסור יחוד אם כן מדוע לא שאל את פי המורה אם יש חשש ביחוד כזה ואם באמת היה היחוד על הענין שאסור להתייחד אם כן אע"ג דאין אוסרין על היחוד מ"מ המגרשה מלוה קעביד והיא בכלל שאינה צנועה שמלוה לגרשה ואין לומר כי לא עשתה רק להפקיע עצמה מבעלה ולא לשום זנות כי מלבד מי הגיד לו כי באמת לא פעלה און דלבד זה די שעברה על איסור כזה להתייחד כדין להפקיע עצמה. ועיקר הדברים כיון שלא הותנה כלום אדרבא גירש בלא תנאי רק באנו לומר שיש כאן אומדנא שמפני כך גירש וכאן כיון שהיא רעה בדעתה וגם אינה צנועה כבנות ישראל הכשרות שמלוה לגרשה אין לחוש למה שיאמר ויערער עתה כי מפני כך וכך גירש ואין דברים שבלב גדול מזה לפע"ד ואף אם היה ענינו שייך לפלוגתא דרא"ש ור"י הא קיי"ל כר"י דמשמע אם בפני עצמה אבל נראה שאין צריך כלל לכאן דהכל תלוי רק אם יש כאן אומדנא ברורה מה שאינו בזה והנה נראה מדברי רבינו הגאון זצוק"ל הכ"מ כי לא חשש רק אם יצא עדים שנשתנה שמו ואף בזה כתב אם בשאבעטקי הכל יודעים שלא עלה רק בשם שרגא יכול מעכת"ר לסמוך עליו ובוודאי לא גרע ממכינתו דכשר נראה מכל דבריו זצוק"ל שרצה לייקר הכמהר על מעשהו הבלתי נכון ואם כן יש לסמוך על הוראתו זצוק"ל ומה שמוסיף לערער כי עשה מרמות בפועל כבר אמרתי לפע"ד אין הוספתו ערעור. והנה יש לעיין אם אינו חשש להצריך גט שני מפני הלעז שנראה שיצא על הגט כמה ימים והרי ר"ת הצריך גט שני מפני הלע"ז כמ"ש התוס' סוף גיטין ושאר הראשונים ופלפלו אם צריכה להמתין ג' חדשים ונזמן גט שני ובהגהות מרדכי סוף גיטין כתב שאחד גירש את אשתו ואח"כ הוציא לעז כי כדת משה וישראל תחת ד' דכדת כתוב ר' בגט וכפה ר"ת לגרש שנית ואמר להוציאה מפני משום דהוי קלא דמקמי נשואין. ואמנם בתשובת הרמ"א הביאו הגט פשוט סוף סימן קכ"ו הרבה לתמוה על זה והוכיח דאין לפסול גט מפני ערעור לעז וכתב לפרש דהתם באמת היה נכתב בגט כדת בר' ואע"ג דמדינא היה הגט כשר מ"מ כיון דנראה בעיני הבריות דהגט פסול לכן הוצרך ר"ת גט שני אבל אם יצא קול ערעור כמו גילוי דעתא בגיטא קיים המרדכי שם דלאו קול דזה כמו קול ושיקרא עמו ונידע ידעו דזה תלוי בהוראת חכמים וראיתי בתשובות ונשאת בכיוצא בסימן כ"ג כתב בשם תשובת הרא"ש על אחד שהיה מוציא לעז על הגט אע"פ שלא היה ממש בדבריו אפ"ה היה כופה הרא"ש ליתן גט שני משום לעז (כעת לא מצאתי) אולי כי היה גם כן כעין נידון שכתב הרמ"א בהנ"ל. והנה לכאורה אין לעז גדול מגט שהיה בווינא שמהר"ס לובלין והלבוש וכמה גדולים עמם כמבואר בשו"ת מהרמ"ל פסלוהו ועל כל זה כתב המ"ב עצמו בסימן ע"ו שהיה מותרת לנשא ושכן הסכימו הגדולים וכמ"ש הב"ש גם הג"פ כתב בסימן קכ"ו בסופו לענין כדת משה שאם כתבו בר' יש מקום עיון ואם א"א להשיג גט שני מותרת לכתחלה להנשא כ"ש כאן דאין להחמיר ומעתה אם ירצה בעיני מעכת"ר כי' ג"כ להקל מה טוב אם יצטרף עמנו אחד מבעלי הוראה באמת אזי יש להתירה להנשא לכל. דברי ידידו שוחר טובתו וד"ש :

סימן פג

שפעת שלום חיים וברכה עד עולם. לכבוד ידיד עליון מחו' הרב המופלא ומופלג חריף ושנון. יפרח כתמר וישגה כארז בלבנון שמו יכון. כקש"ת מוה' דוד דייטש כי' לנלא :

ידיד ה' עתה אשוב לכתוב למעכ"ת כי' ולהגיד לו טעם אשר הורשתי לנפשי להיות כמחרים בדבר

אשר

לשר לדעתו היה ההמחאה לא לעזר ולא להועיל כאשר כתבתי בשר למעלתו כי'. הנה מעכ"ת כי' השיג על הש"ך וכן הנודע ביהודה קמא באה"ע סימן כ"ח שכתבו דרוב הפוסקים ס"ל דלא כר"ת דעדות דכתב כשר ולא ממעטין אלא אלם. והפוסקים רובם קיברים כרש"י ומעלתו כתב להיפוך דרוב הפוסקים כר"ת והוכיח כן דהרי כתב הרמ"א בח"מ בסימן כ"ח בד"מ דהגהות מרדכי ביצמות פרק החשה פסק כר"ת וכתב מעלתו כי' דכוונת הרמ"א מדכתב שם פירוש ר"ח בהך דכותב עדות על השטר מיירי באדם שיש לו דפתרא בתוך ביתו וקיים ולד"ה עד החותם על השטר א"ל שיהיה זוכר העדות וכתב מעלתו כי' דמשמע ליה להרמ"א דדוקא בדפתרא שאינו כותב רק לזכרון בעלמא וזה שקיים אבל עד החותם על השטר דהיינו שכוונתו להעיד ואינו נעשה לזכרון בעלמא א"ל שיזכור את העדות לד"ה ולפ"ז כתב מעלתו כיון דגם הרי"ף כתב כדברי ר"ח דמיירי כגון קפר או שימוש לאדם שיש לכתוב לו זכרונותיו ואם איתא דס"ל להרי"ף כבעה"ת למה ליה לכתוב דאינו ביד מלוה הל"ל דמיירי ביד מלוה אלא שהעדים כתבו שלא מדעת הלוה ולא אמר להם כתובו והעדים כתבו מדעת עצמן אלא ודאי כל שנכתב דרך שטר ס"ל להרי"ף כר"ת דהוי עדות גמור ואלו כ"ד :

והנה לדבריו יהיה דברי הרמ"א בסי' כ"ח תמוהים דהרב"י בש"ע סתם וכתב דעדות בכתב לא מהני והוא כ' וכן נוהגים דלא כיש חולקין שנראה מדבריו להדיא דמסכים לדעת הב"י ולא הביא דעת ר"ת כדרכו לכתוב ויש חולקין ומוהגין כסברא ראשונה רק כתב דלא כיש חולקין דלשון מורה דדעתו דדעת הב"י שפסק כרש"י גם איך לא הזכיר רמ"א בד"מ דדעת הר"ח והרי"ף כר"ת אם דיקדקו של הד"מ מדברי ר"ח איך שביק רברבי. והא וודאי ברור שדעת הגדול המשיג ביבמות כמרדכי כר"ת כי כן כתוב בסוף דבריו בפירוש דאם שמו חתום תחתיו מהני אפילו בדאורייתא וזה כוונת הרמ"א שם בבירור. אבל שיהיה מוכרח דדעת ר"ח והרי"ף כן אינו מוכרח כלל דמה שכתב מעלתו דאם הרי"ף סובר כבעה"מ אמאי הוי ליה למימר דמיירי שהוא ביד מלוה רק שכתבוה שלא מדעת הלוה לא ידעתי מאי קאמר וכי רשאין העדים לכתוב ולמסור ליד המלוה אם אין הלוה אומר כתובו או שיש קנין דקתני לכתב עומד ואם אפילו היא ביד העדים הרי הוא כמו דין ביד שליש וכמ"ש הרמב"ן בספר הזכות ביבמות ולא אמר הרי"ף והר"ח דמיירי בדפטרא שיש לו לאדם לביתו רק לאפוקי שטר המלוה וכמבואר בלשון הרי"ף ביבמות ובכתובות:

ובעל התשובה בהג"מ ביבמות שהביא דברי ר"ח שם סיוע לדעתו מלבד כי יש לומר שלא הביא רק להורות דאין קושי מהך דכותב עדותו דאמרינן והוא שזכרה מכלל דעדות בכתב לא מהני בלא זכירה ולכך כתב דמיירי בדפתרא ויותר נראה דהג"מ שם סובר בזה כהרמב"ם דאין לחלק בין שטר גמור לכתיבת עדים אלא דהרמב"ם הוליד מפני סברא זו דגם שטר מדברי סופרים בלבד הוא שסומכין עליו ולהג"מ פשיטא ליה דשטר וודאי מהני (וכמו שקיים שם בדברי ר"ח דמוכח ב"פ ד"א דבשטר אין לריך לזכור העדות כרחה דהיינו מדקאמר תלמודן דגבי דידיה ודידה א"א להכיחו דלמא מחקו וגם קאמר זמנין דלא זכירי ואם עדות בשטר לא מהני היכי דלא זכירי למאי הולרך לומר הטעם דלמא מחקו אע"כ דבשטר אי לא חשש דלמא מחקו הוי קטלי על פי אותן שבשטר הקידושין אע"ג דלא זכירי) ויליף הגהות מרדכי מיניה דה"ה כל עדות מהני מדאורייתא אבל לדעת התוספות בתירוץ הראשון בכתובות והוא דעת הרשב"א וסיעתו דשטר מהני מדאורייתא אם נעשה מדעת המתחייב ומ"מ עדות בכתב לא מהני והוא דעת הרמב"ן וכמו שהאריך הש"ך בסימן כ"ח ובשאר מקומות א"כ אף דעת ר"ח והרי"ף כן שלא מיעטו במה שכתבו בכותב עדות מיירי בדיפתרא ושטר שימוש רק לאפוקי שטר ביד מלוה דאז וודאי נעשה כדינו דאמר הלוה כתובו. ובוודאי א"א לאוקמי הך דכתב אדם עדות היכא דעבדי עדים

בלא כדין הא ברור בדעת הרמ"א שהביא רק דעת הג"מ כר"ת ולא כתב דעת ר"ח והרי"ף היכן נוטה כלל :

ובב"ב דף קע"א איתא וכי עדים שעשו שליחותן חוזרין ועושין שליחותן וכתב הרמב"ן בחידושיו לפרש דאינם חוזרין ועושין שליחותן משום דהוי מפיהם ולא מפי כתבם. ומהר"א ששון בסימן ס"ו פירש תחלה דכוונת הרמב"ן היינו דכיון שהשטר הראשון כנחל שעבודו גם אם ילוה עתה הלוה לכתוב לו מזמן הראשון לאו כל כמיני' לחוב הלקוחות והלקוחות המתחייבים אינם כאן שילוו לכתוב ולכך פסול משום מפיהם ולא מפי כתבם ושוב כתב לפרש דלכך לא מהני אם העדים כותבין דכיון דאין אמירת הלוה מהני לכתוב מזמן הראשון אלא בהם לומרו שראו כך בשטר ומעידים מתוך השטר הראשון ולזה פסול משום מפיהם וגו'. והנה הוא ז"ל נראה מדבריו שתופס לעיקר פירוש השני שכתב וזה יובן גם כן מדברי הריב"ש בסימן תי"ג שכתב וז"ל וטעמא דבעינן ב"ד בהעפסה היינו משום שאין יכולים להעיד מפי כתבם ואין עושין שטר אלא בלוואת בעל דבר עכ"ל ולפענ"ד אין לשון הריב"ש מכריע כלל פירוש האחרון שכן יש לכוון בו פירוש הראשון גם כן ויש ראיה לזה שהרי מהר"א ששון שם כתב דלפירש השני צ"ל הא דאיתא בהגהל הטורף שטרו של חברו דאי איכא עדים ככתב ליה שטרא אחריכא היינו כפירושו של נימוקי יוסף דהיינו הב"ד והריב"ש שם באותו תשובה כתב להדיא דעדים בלבד יכולים לכתוב מפני שמעידין על מה שראו בשטר ועכ"פ לפי פירוש הראשון מוכרח דלא כר"ת וגם לפי פירוש השני נוטה כן אף שיש לדחות :

ובח"מ סימן ר"ח כתב הטור בשם רבינו יונה דאפילו אמר כתבו לו שמכרתי מודעה בפניכם ושיודע על פי עדים האונס שאכשוני יצטרף עדותכם לבטל שמקח אין שומעין לו וכתב הב"י שם דהיכא דמסר מודעה ולא ידעו באונסו ואח"כ הביא זה עדים שנאנס אפילו לרבינו יונה חשבינן ליה מודעה ולא מיעט הרב ז"ל אלא שלא יכתבוה משום דחיישינן שמא לא יצריכו אותן לברר שהיה אנוס והביא סעד לדבריו מרבינו ירוחם עי"ש. והנה הטעם שכתב הב"י לדברי ר"י הוא תמוה דכיון דכל מודעה דלא כתיב ביה אנן ידעינן באונסו לא מודעה למה ניחוש לב"ד טועין. והיה נראה לפענ"ד לומר מטעם רבינו יונה דכיון דשטר מודעה באמת נכתב שלא מדעת המתחייב ורחוי היה שלא יועיל משום מפיהם ולא מפי כתבם לדעת רש"י וסיעתו רק דתקנת חכמים הוא להציל עשוק מיד עשקו וכל כמה דלא ידעינן אונסו לא תקנו חז"ל ולכך אם לא כתב במודעה אנן ידעינן באונסו אע"ג שמביא עדים שהוא אנוס לא מהני המודעה משום דכיון דנכתבה שלא כדין הוי מפיהם ולא מפי כתבם. ובזה אין סתירה מדברי רבינו ירוחם שהביא הב"י שם בסימן ר"ה דהוא ס"ל דמיירי להדיא אם עידי מודעה מודיעין בפני ב"ד על המודעה ובזה מהני עדותן לא בכתב דפסול משום מפיהם. אבל ראיתי בש"מ בב"ב שם דכתב בעליות דרבינו יונה דלכך אין כותבין סתם דכל כמה דלא ידעינן דאנוס אין לנו לכתוב מודעה משום דמתזיל ארעא מפני שיאמרו לא לחנם חתמו עדים על מודעה זו ויחושו שמא יבאו עדים ויעידו על האונס לא דחיישינן לב"ד טועין כמ"ש הב"י וראיתי בש"מ שם בד"ה קיום שטרות סברת ר"י בעינן מפיהם ולא מפי כתבם שכתב דקיום לא מהני בשנים משום מפיהם ואע"ג דבשטר שהוא לזכות של אדם ולהיות בידו לראיה אין אומרים מפיהם ולא מפי כתבם וכגון שטר מוכר ומחאה ומודעה הנ"ל במעשה הנעשה בפני העדים כדי שיתקיים הדבר בפניהם בכגון זה רשאין להעיד בשטר דגמרינן ליה מ"ש המוקנה אבל עדות שהם יודעים מעלמא כגון שמכירים חתימת עדים או שראו באחד שהלוה את חבירו שלא נעשה המעשה בפניהם כדי שיהיה קיום הדבר בפני עדים בכה"ג וודאי לא נתכנה לכתוב עכ"ל והיא סברה מחודשת לר"י והיינו טעמא דרבינו יונה לא אמר במודעה דלא כתוב בה דלא ידעינן באונסין דלא מהני

משום

משום דהוי מפי כתבם ולכך נראה וודאי דאם מביא המוכר עדים שהיה אנוס מהני המודעה אבל הב"י שפסק בסימן כ"ח כרש"י והרמב"ם דעדות בכתב אינו מועיל כלל לדידי אין דינו מוכרח כאמור דמדברי רבינו ירוחם אין ראיה :

ויש לעיין לסברת רבינו יונה הנ"ל איך הדין בקידושין אם שייך בהו ולא מפי כתבם דהרי לכאורה הוי דומיא דשטר מכר ואיך כתב ר"י דלא הוי מפי כתבם והא דאמרינן ביבמות לגבי שטר בקידושין דהוי מפי כתבם היינו משום שאי השטר הזה ראוי למסור לא להאיש ולא להאשה וכמ"ש הרמב"ן בספר הזכות שם דגם דעת הרי"ף כן ויתכן לומר דלא אמר רבינו יונה רק דומיא דשטר מכר ואיכך דאם היינו יודעין הנעשה המכר בבירור או המחאה והמודעה היה הענין ההוא מועיל אף מבלי עדים ולא ייחדו עדים לדבר רק למען יעידו ויעמוד הדבר ימים רבים אבל קידושין הן בכסף והן בשטר צריך עדים לקיום הדבר ואף אם שניהם מודים לא מהני איכא למימר דהוי דומיא דהלואה בפניהם דלא מהני מפי כתבם :

ועכ"פ להסוברים לחלק בין שטר הנכתב מדעת המתחייב דהוי דאורייתא ובין כתבו מדעת עצמם דפסול משום מפי כתבם לדידהו אין הכרע כמאן ס"ל הרי"ף ור"ח והתוס' כל הייכי דאייתי דעת ר"ח הביאו גם כן דעת ר"ת ומעתה הרי רש"י והרמב"ם והרמב"ן והרז"ה והרשב"א ס"ל דעדות בכתב לא מהני ובתראי נינהו והב"י בשלחנו הטהור כוותיה ס"ל וסתם כמותם לא נוכל לומר כדברי מעכ"ת כי' דהפוסקים רובם כר"ת והנימוקי יוסף בב"ב על הא דמחאה בפני שנים ואין צ"ל כתבו הילכך אם כתבו שליחות פלוני העדנו על עצמו לכתוב עליו מחאה אבל כתבו במעמדנו פלוני שמיחה כה"ג לאו עדות היא דמפיהם ולא מפי כתבם. וזה כעין תירוץ השני שכתבו התוס' בכתובות לדידי גם כן נראה שנידון זה מקרי מפי כתבם ודברי הרמ"א באה"ע סימן מ"ז כבר הביא מעלתו כי' דברי הב"ש ונודע ביסודה דמיירי במקום שיש לומר שנעשה מדעת המתחייב ואף לדעת ר"ת דמועיל עדות בכתב כבר כתב הרמ"א בתשובה סימן י"ב דאם חזר בו העד קודם שהביאו כתב לב"ד הוי חזרה דלא עדיף מהגדה דלא מהני חוץ לב"ד וזה פשוט וברור וכבר הזכיר מעלתו זה ואפילו בשטר דעת הגדול במהרי"ק דלא חשיב כנחקרו עדותן קודם שיביא לב"ד ואף שדחה מעלתו כי' דבריו בשני ידים הנה בה"ג והרמב"ם והמחבר שכתבו דאם שכחו העדות לא מהני כשאין כתב ידם יוצא ממקום אחר נראה וודאי כן דלא חשיב כנחקרה עדותן משעת חתימתן ואין אחריות דברי התשב"ץ עליהם ופשיטא דסוגיא בפד"א הכי משמע וכמ"ש הש"ך רק דיש לעיין דהרי בשליח אומר בפנ"כ ובפנ"ח אי אתי בעל ומערער לא משגיחינן ביה ואמרינן דכתבו לה בפני שנים דבדרבנן עד בעשה דיין ואפילו למ"ד בפני שלשה לא פליג רק משום דזמנין מייתי ליה איתתא ואנן קי"ל בפני שנים ואמאי מהני שנים הא כל כמה דלא מתחזי בב"ד לא הוי כמו שנחקרה עדותן ויהיה הבעל יכול לערער ולפסול ולדעת בעה"מ בפד"א יש ליישב כמובן. אבל להחולקים וכפי הנראה מדברי הש"ך ל"ל להרמב"ם דברי בעה"מ קשה. ועכ"פ בעדות בעלמא בוודאי כל זמן שלא נקרא כתב ידם בב"ד לא מיקרי הגדה וכמ"ש הרמ"א ויכול לחזור בו. גם בענין דרישה וחקירה יש גדולים שמצריכים בעדי קידושין כיון שבאו לאוסרה דו"ח וכבר הביא הב"י בא"ע בסימן ל"ו ובתשובות סימן ד' בהלכות קידושין פסק כן וכ"פ מהרי"ט בח"ב סימן ל"ח גם בתשובת מהרח"ש הביא דעת הפוסקים כן ובדין מרומה אע"ג דכתב הריב"ש דא"ל דו"ח טעם כמו בד"כ רק לעמוד על בוריו הרי בתשובת מוהר"ר בצלאל אשכנזי הביא כמה פוסקים דלית להו דברי הריב"ש וגם יש סניף קצת במה שאמר העד האחר שעשה סימן בכתבו להורות שיש דברים בגו. וזה דומה קצת למ"ש הריב"ש בענין העד שאמר בגמר עדותו שלא יאמינו לו עד כי יראה להם מה שכתוב אצלו והביא אח"כ שהכל שקר אף שאינו דומה להתם מ"מ קצת סניף

יש שיעשה סימן שלא גמר עדותו ויש בכל פרטים האלו אריכות אבל אין הזמן מסכים להאריך רק זאת להגיד למעלתו כי א"א להרעיש הארץ על המתיר כי יש צדדים רבים להתיר. גם אם היה הדבר בא לידי ח"ו הייתי מחמיר הדין והייתי מחזיר בכל עוז ליתן גט ובפרט מפני הקול והלעז וכמו שמצינו לרבותינו הר"י בסנהדרין במרדכי פרק אד"מ ור"ת בתוס' סוף גיטין ובמרדכי שם מ"מ מי שאין עושה כן אין בידינו בפרט בדורינו אשר בעו"ה אפס עצור ועזוב · כל עוד שיש מקום לשתוק המשכיל ידום ויחיל לתשועת ה' והרי הוא קלא דלא איתחזק בב"ד וגם כי סברתו נכונה מ"מ אינה מוכרחת. ה' בחסדו יזכנו להעמיד הדת על תלה ולהשיב שופטינו ויועצנו כבתחלה דברי ידידו שוחר טובתו : הקטן מאיר א"ש ;

סימן פד

להרב הגאון הגדול החריף והבקי. סיני ועוקר הרים מחו' כקש"ת מהור"ר יוסף הלוי אבדק"ק זבארוב :

ראיתי את אשר העמיק הרחיב מחותני הגאון כי' בד"ץ שבא לפניו על אודות אשה אשר יושבת בגלמודה והבעל רחוק ממקום האשה וא"א לו לבוא למקום האשה לגרשה ולא לשלוח לה גט ע"י שליח מפני עוניו וכתבו אל הדר"ג כי' מוורשא שיעשה הבעל במקומו כאן שליח בוורשא שלא בפניו וישלח הגט על הב"ד והדר"ג כי' אחרי אשר זיקק ברוח מבינתו הרחבה לומר כי אין סתירה לדעת הסוברים דגם בשליח להולכה בעינן שימסור לו הגט ולא מהני אם יאמר לו שיטלנו מע"ג קרקע והביא מתניתא דהגאון תשב"ץ בח"ג סימן שכ"ו שכתב דאף שפשט המנהג להתיר לשלוח ע"י גר שימסרנו לישראל להוליכו לאשתו וכדעת ר"ת ושיטתו מ"מ גם לר"ת בעינן גם בשליח להולכה שימסרנו לידו ולא יאמר לו טלי הגט מע"ג קרקע וה"ט דמותר לשלחו ע"י גוי דאע"ג דלאו בר שליחות הוא מ"מ לא הוי כטלי גט מע"ג קרקע שהרי לא נתמעט אלא מגזה"כ ואם נעשה אמצעי בין הבעל לאשה לא הוי טלי גיטך מע"ג קרקע שהרי מסרו לבן דעת והוסיף עוד דאפילו ע"י פיל או קוף כשר כמו דאמרינן גבי עירוב שאם שלחו ע"י פיל וקוף כשר ולידך עוד דעדיף פיל מנכרי. וכתב הדר"ג כי' כיון דבלאו הכי גאונים קדמונים אסרו לשליח על ידי גוי אף על פי שמסרו להנכרי לתנו ליד שליח והכי דבמקום עיגון יש לסמוך על ר"ת מ"מ היינו דווקא אם הנכרי קיבל הגט מן הבעל ומסרו וליד השליח אבל על הב"ד שידוע שנמסר ממקום למקום והגט מונח בתוך שאר הכתבים ולוקחים אותו ממקום שהיה מונח על העגלה בתוך שאר הכתבים אם כן הוי כמו טלי גיטך מעל גבי קרקע :

מטיבותא דמר אמינא כי יפלא בעיני דברי התשב"ץ ובעל מכתב מאלי' דס"ל דבשליח להולכה פוסל טלי גט מעל גבי קרקע מנין ללמוד פסול בזה שימסור המשלח לשליח הגט בידו דווקא דבשלמא לענין נתינה ליד האשה ושלוחה למדנו מן ונתן בידה ולא שתטול היא או שלוחה מעל גבי קרקע אבל שיתן הבעל ליד השליח ולא יאמר לו שיטול מעל גבי קרקע מהי תיתי כיון דרבי רחמנא שלוחו כמותו בדיבור בלבד כמו שהאשה עושה שליח כן גם הבעל אם יעשנו שליח בפיו ויאמר לו תהא ידך כידי ופיך כפי למה יפסלו ולא יקרא ונתן בידה ואם נאמר דבאשה כיון דאין שם רק מינוי נעשה שליח באמירה בלבד אבל בבעל כיון שיש גט ליתן כל כמה שלא מסרו לידו אינו עומד במקומו אם כן אף לענין קנין ומתנה נמי נאמר כן דאם יאמר בריא תן מנה לפלוני כיון דתן לאו כזכי צריך שימסרנו מידו ליד שלוחו ולא מהני אם יאמר טול מנה זו מעל גבי קרקע ותן לפלוני וכמו דלענין מילי דלמד דלא מימסרן לשליח אף במתנה אמרינן דלא מימסרן לשליח ואם כן אם בגט זה שיצווה הבעל לשלוחו אע"ג דמשוי שליח מ"מ אינו עומד במקומו אם אינו מוסרו מידו ליד השליח א"כ אף במתנה

נאמר כן ולא איבתמיע מאן דאמר הכי לקולר ידיעתי ועכ"פ ר"ת דגורס במתניתין תן גט ולא גרס זה משום דלא מסרו מיד ליד ואפ"ה מחיים כותבין וודאי ס"ל בשליח להולכה טול מעל גבי קרקע וכמ"ש הדר"ג ורחוק הוא שיחלוק הרא"ש על ר"ת כלאחר יד ולא יזכיר כלל הטעם שחולק עליו וסברתו. והנה התשב"ץ בסימן הנ"ל הביא ראיה דאע"ג דגם גבי שליח להולכה פוסלין טול מעל גבי קרקע מ"מ ע"י נכרי דלא פסול רק מגזה"כ כיון שמסרו לבן דעת ושוב כתב דאפילו ע"י ב"ח פיל וקוף ושאר ב"ח כמו בעירוב דמשלחי ע"י קוף כדאיתא בעירובין דף ל"א ע"ב ועל זה כאמר לו רב"י מטוכ"ך דהרי בעירוב מהני אפילו אמר לשליח טול מעל גבי קרקע דהרי בגיטין דף ס"ה ע"ב רמי אהדדי דתני חדא האומר לחברו ערב לי גרוגרת ועירב לו בתמרים תני חדא ערובו עירוב ותני אידך אין עירובו עירוב ושני ר' יוסף הא והא רבנן כאן בשלו כאן בשל חברו ועין לפי' רש"י ועין לפירוש התוס' ומוכח דשליח לקח מעצמו מן הפירות ולא מסר המעות לידו דאל"כ וודאי ליכא קפידא ואפ"ה הוי עירובו עירוב ואם יש חילוק בין עירוב לגט אם כן מאי מייתי משם להכשיר פיל וקוף :

עוד יש ראיה דשליח להולכה כשר אפילו טול מע"ג קרקע דהרי כתב להוכיח דגם לר"מ בעינן עדי מסירה דאם לא כן איך סומכין על עדי חתימה כשאין ע"מ לפנינו אטו כ"ע ידעי דהלכה כר"א. והנה להרי"ף וסיעתו גם הם ס"ל וודאי הכי דליכא למסמך בדבר שאינו ברור דמן הסתם נעשה כדיניה וכהוגן אלא דאינהו ס"ל דלר"א אף ע"מ כרתי וגם ע"ח ואם כן יש לסמוך לכ"ע על עדי חתימה בלבד והנה קי"ל כותבין גט לאיש אע"פ שאין אשתו וכמעט לכולם שליח להולכה אין צריך לעשותו בפני עדים בגט ואיך סומכין על השליח המביא גט בא"י או בח"ל ואומר בפני וכו' אולי לא מסרו לו מיד ליד וכי כ"ע ידעי בשליח להולכה פסול טול גט מעל גבי קרקע והיה לנו לחוש שמא לא מסרו לו מיד ליד אלא דלא קפדינן על זה בשליח להולכה. והנה את"ל כדעת התשב"ץ דקפדינן בשליח להולכה שלא יאמר לו טול הגט מע"ג קרקע צ"ל דכיון דעשאוי שליח שוב אין קפידא אם יניחנו על גבי קרקע ויחזור ויטלנו דמעתה ידו כיד הבעל וכן שליח שלוחו ע"ע אבל אם שלחו ביד נכרי לדעת הרשב"ץ דפוסל טלי גיטיך מעל גבי קרקע בש"ה ומ"מ מלי לשלוח על ידי נכרי ולעשות שליח הלכה במקום אחר דאע"ג דנכרי אינו בר שליחות מ"מ חשיב כתיכה אפילו ע"י פיל וקוף ושאר ב"ח כיון שלא מלד שליחות אפשר להכשירו משום דידו כיד הבעל ואם כן אם הניחו הנכרי להגט פעם אחת על הקרקע אין ראוי לו להיות רשאי לחזור ולטלנו דהוי טול הגט מעל גבי קרקע ואיך אפשר לשלוח ע"י נכרי ממ"ש וכי אין לחוש שמא הגט בכסות ופשט כסותו בלילה ופסק מסירת הבעל והכהו נוטלו מעל גבי קרקע ורחוק לומר גם על נכרי וכן בפיל וקוף שאף על פי שיניחנו על גבי קרקע ויחזור ויטלנו מ"מ מכח הבעל בא לידו כמו בשליח ישראל אם כן אף מנכרי לנכרי אחר אולי יש לומר כן לדעת הרשב"ץ :

ובגוף המחלוקת שבין הגאונים לר"ת אמרתי זה ימים ראיה לגאונים מן הירושלמי שהביא הרשב"א בסוגיא דשיירות מלויות דבעי בירושלמי למ"ד שלא עבר אדם שם עבר נכרי מהו ופירוש הרשב"א דהיו סוברים דהטעם דחיישינן בעבר אדם שם משום שמא ממנו נפל ולכך רצו להכשיר בעבר נכרי משום שאינו בהבאת גיטין. וזה כדעת הגאונים דעכ"פ אין לשלוח ביד נכרי אף למוסרו ליד שלוחו שם ואף דדחי שם בירושלמי הייני כמ"ש הרשב"א בחידושיו אבל רחוק לומר דהמקשה סובר דבגוי אין לחוש משום דאינו בתורת גיטין שנחוש לו שהיה גט והמדחה סובר כדעת ר"ת ויש לחוש זה דוחק גדול ואולי לא חשו לכך שהיה הנכרי מביא הגט בידו במקום שאין עדים מלויין לקיימו כיון דלא מלי למימר בפ"נ ובפ"נ ולסייע לדעת ר"ת וסייעתו מר"פ התקבל דבעי אשה להולכה ופסיע ר"מ ממתניתין דתנן אף הנשים שאין נאמנות לומר מת בעלה נאמנות להביא גיטה והתם הולכה היא רב אבי אמר מסיפא מני ש"מ האשה עלמה מביאה גיטה ואוקימנא בהולכה והסוגיא תמוה מה הוסיף רב אבי כיון דשמענו לה מרישא דמפורש דהולכה היא ובסיפא הייני מדאוקימנא בהולכה. ואולם לדעת ר"ת ניחא דהרי רישא מתני' לא קתני רק דלא חיישינן בחמש נשים ששונאות זא"ז במביאות גט ומפני שהכתב מוכיח ואם כן איכא למימר דלעולם אין אשה נעשית שליח להולכה ומתני' איירי שעשה הבעל שליח להולכה במקום האשה מיהא רב מרי דפשיט מרישא ס"ל כאביי דת"כ דדווקא בח"ל דהי אתי בעל ומערער לא משגיחינן מהימני ואם כן ע"כ איירי בשכן שלוחין לגרש ולא למסור ליד אחר דא"כ הוי שליח שלא ניתן לגירושין ואין נאמנות לומר בפ"נ וכדכתב הב"י בשם הרשב"ץ והוא בחלק ראשון בסימן כ"ה בסופו יע"ש וא"כ ר' מרי שפיר פשיט מרישא אליבא דאביי דקי"ל כוותיה אבל לר' יוסף דמוקי רישא בא"י אם כן אין לפשוט מרישא כלום אבל מסיפא דקתני בהדיא ובלבד וכו' בפ"כ ע"כ היא עלמה שליח פשיט שפיר וזה סיוע לדברי ר"ת וסיעתו :

ואיך שיהיה קשה לעשות מעשה כנגד דברי הגאונים וכמ"ש הרמ"א שלא ראה מעולם לעשות מעשה בזה וכ"ש אחר דברי הרשב"ץ אע"פ שבעני' לא עמדתי על דעתו ואולם בפירוש דברי הגאונים וטעם פסולתם נבוכו החכמים וראיתי במכתב מאליהו שכתב תחלה דטעם הגאונים משום דס"ל דאין לעשות שליח שלא בפניו ואם שולחו ע"י נכרי להוליכו לפלוני הרי הוא עושה שליח שלא בפניו והחולקים סוברים דיכול לעשות שליח שלא בפניו ולכך התירו לשלוח ע"י נכרי. דהוא מעשה קוף בעלמא והקשה אח"כ על הגדולים שהביא בשם ה"ג דיכול לעשות שליח שלא בפניו אם כן אמאי פסלי להביא נכרי למסור הגט לשליח הבעל ומזה הוליד דין זה דלדעת הרשב"א וסייעתו טעם הגאונים משום דהוי כטלי גיטך מעל גבי קרקע ואולם מפני שלא ידענו טעם הגאונים אין לחדש דין זה שלא מלאנו לראשונים. והנה הפ"י בגיטין דף כ"ט ע"ב ד"ה שליח שלא ניתן לגירושין כתב כמה טעמים לדעת הגאונים. (ואולם נראה מדבריו שם שנעלם ממנו לשעתו דברי התשב"ץ שהביא הב"י דשליח שלא ניתן לגירושין אינו נאמן לומר בפני וכו' אף אם מלא לאבא ב"מ ולדידיה רש"י שפירוש שאינו יכול לעשות שליח אחר כלל הייני שיהא אחר מוסרו ליד אשתו ולכך אינו נאמן לומר בפני וכו' אבל שיהי' מוסרו ליד גוי אחר אין קפידא וכ"ש אם הבעל עלמו לוהו ליתן לגוי אחר עד שיבוא לשלוחו) לטעם הראשון שכתב לדעת הגאונים כתב בעל מ"א שכן דעת מ"כ שהביא המרדכי והג"א ולפ"ז התיר לשלוח בב"ד שיעשו שליח אשר הוא במקום האשה וישלחנו ביד גוי לידו ויאמר שליח ב"ד אני וא"כ לפ"ז אף הגאונים מודים בזה מעתה כיון שמלאנו מקום ללאת גם כנגד דעת הגאונים הנה וודאי כל שיש לד אפשר לתקן שיסע עד הגבול ומשם תבוא האשה אליו לקבל גט ממנו או מיד שלוחו או להמתין עוד אולי יזדמן עובר אורח שיסע לשם בוודאי אין לדחות דברי התשב"ץ שהב"י מלקט דבריו כמרגליות וכמ"ש בהקדמת ספר התשב"ץ אבל אם א"א לעשות כלל אם דעת מחו' הגאון נ"י נוטה לעשות כדברי הג"א והמרדכי שיבוא שליח ישראל לפני ב"ד ויאמר בפ"כ וכו' ויעשו הב"ד שליח במוארשא ויאמר שליח ב"ד אני וישלחו הב"ד הגט על הבי דואר ליד שלוחם אם דעתו הרחבה נוטה כן הנני סניף אליו ואם לאו בטלו דברי והיו כלא היו. והנה עם לבבי לכתוב בקרוב להגאון אב"ד דק"ק פרעשבורג אם ידע מזה שמורי הגאון בעל חת"ס עשה מעשה לשלוח גט על ב"ד ואם נמלא מזה בתשובותיו דברי ידידו מחותנו דוש"ת באהבה:

הקטן מאיר א"ש:

סימן פה

בעזרת השם יתברך יום ג' ערב ראש חודש תמוז תר"ע לפ"ק אונגוואר יע"א:

ישאו הרים שלום לכבוד ידידי מחו' הגאון הגדול החריף ובקי. קיני ומוקר הריס. כ"ש מפארים. מהור"ר דוד דייטש כי':

במכתבו הענר כתבתי למעכת"ר ליקח מועד ולבלתי מהר לחות דעתי הענין ואחר שובי לקרות את מכתבו כחומתי ואמרתי בלבבי לכתוב למעכ"ת כי' היום אשר תלך הפאסטע ראשונה כרלון מעכת"ר כי'. הנה במה שלא אמר הבעל לשליח ופיו כפי ודבורו כדיבורי וכתב מעכ"ת כי' דאע"ג דנוהגין לומר בשעת מסירה הרי זה גיטיך מ"מ אין אמירה זו לריכה פה בעל דוואקא אפילו אם הבעל נותן לה סתם והעדים אומרים לה אח"כ כמבואר בש"ע וגם היה עסוקין באותו ענין וכו'. הנה מה שכתב מעכ"ת שהית עסוקין באותו ענין לא ידעתי כוונתו כי לפי מכתבו נראה כי ליוה הבעל בלילה וביום שלאחריו היה הכתיבה והנתינה (וכן היה הכותב) ליד השליח ואפילו מענין לענין באותו ענין קיי"ל לרוב הפוסקים דלא מהני בקידושין וגירושין ואם רלונו דהבעל היה עסוק בענין הגירושין לפני אשר מינה השליח ויהיה מה שאמר אח"כ הולך גט לאשתי פלוני אמר שיאמר לה הרי זה גיטך זה אינו מבואר בודאי אם נשליע שאין לריך אמירת הבעל כלל היה מקום לומר כן אבל דעת בעהמ"א לכאורה אינו כן ח"ל שכתב ריש פרק הזורק אחר שהקשה ממתניתין דנכסי שע"א דאיכו גט על הא דרבא בפרק הניזקין ובתב שם הרז"ה וז"ל כיהו דלא בעי דעתה אבל בעי שיוליא הבעל השלוחין מפיו לאחר כתיבת הגט בענין שיתבונן הדבר או לעדים או לאשה וכיון שפירש הדבר לעדים א"ל דעת האשה בגירושין וכו' גבי גירושין כתיב ושלחה ולא שישלח לעלמה עכ"ל. והנה מה שכתב הרז"ה דבעינן שיוליא הבעל השלוחין לאחר כתיבת הגט הוא תימא לכאורה דכמה משניות מוכיחות דהבעל יוכל לנות על כתיבת הגט ועל נתינתו והוא ילך לדרכו ומפרש בים ויולא בשיירא אם אמר כתבו כותבין ונותנין (ולשון התוס' בנזיר דף י"ב לע"ק במה שכתבו שיכולים לעשות שליח להפריש חלה מפני שעתה יכול להביא עיסה מגולגלת ולהפריש חלה ע"ז כשתהיה מגולגלת ותיפוק ליה כיון שבידו לעשות עיסה ולהפריש חלה. כמו עושה שליח להוליך גט לאשתו אע"פ שלא נכתב הגט עדיין ומרן הגאון בעל חת"ם הארץ בתשובתו ואין פתח הפנאי לשום עיון על דבריו זל"ל) ועכ"פ נראה מדברי הרז"ה שיש קפידא ולריך להוליא הדברי שלוחין מפיו ול"ל הא עושה שליח להוליך גט לאשתו לפני הכתיבה והנתינה תהיה לאחר ימים רבים והרי בענין עסוקין באותו ענין אלא כיון שהוא ממנה שליח להוליך גט לאשתו אם אומר הולך גט לאשתי או כתבו ותנו הרי הוא כאשר מינהו על כל מה שלריך להיות בדין הגירושין אבל זה אם אמר סתם תנו אבל אם אמר הרי ידך כידו ועשייתי כעשייתי כיון שהזכיר לו על המעשה בפירוש ידו כידי כו' ולא הזכיר בפיו ודבורו (והרמ"א בסדר הגט שכתב הב"י בש"ע אחר סימן קכ"א בסעיף למ"ד שכתב הב"י ופיו כפי הקפיד להגיה ודיבורו כדיבורי) אם כן יש לעיין דאולי מגרע גרע ולאשר לא פירש לא מינהו ואין כאן אמירה בשעת נתינה לא לעדים ולא לאשה כיולא בזה זכר לדבר דעת הרז"ה לענין תנאי בני גד ובני ראובן דגרע יותר אם אומר התנאי שלא כמשפטו מאשר לא פירש התנאי ויש אומדנא שדעתו לזה. בענין שלא הגיע העשרים זהובים כסף ליד הבעל אחר הגירושין כראין הדברים כאשר כתב מעכ"ת כי' כיון שהגיד להבעל כי ה"א נמסור בידו. מי שיוכל לקחם בלכתו והוא לא ענה מאומה א"כ נראה שעומד בדעתו לגרש ולהניח הכסף ביד מעכת"ר כי' ולענין שלא היה כייר כדי לרכו וקנו כייר אחר אם קנו מן המעות שנתן לו הבעל לכך כנראה מדברי מעכת"ר כי' הרי הכייר של הבעל והנה מפני החסרון האמירה פיו כפי אין הדין ברור אללי לזאת ישקול מעכ"ת במאזני שכלו ועם לומדים מופלגים אשר רוח עליהם מעכ"ת כי' וגם יכתוב למחו' הגאון מזבארוז וכאשר תסכימו כן יקום. דברי ידידו אוה"כ:

הקטן מאיר א"ש:

[ויעויין בתשובת מהר"ס מיכן תשובה קי"ד]

סימן פו

בעזרת השם יתברך יום ב' י"א אלול תריו"ד לפ"ק אונגווואר יע"א:

אין הפנאי מסכים לשאת וליתן בדברי תורה אשר כתב רק אומר אליו מה שתמה על הב"ש וכן על הב"י דהא גם לפני רבי היו כותבין גט ואפ"ה אסור לטלטלו. נראה דס"ל להב"י והב"ש דאיסור כתיבת תורה שבעל פה לא על הכתיבה לבד נאמר כי גם על הלימוד האיסור ומי שנסתפק לו דבר שלא נמלא מפורש בתורה שבכתב אין לו ללמדו מתוך הכתב רק ילך אלל חכם ורב ללמוד וכן משמע הלשון בגיטין דברים שבכתב אי אתה רשאי לאומרו בעל פה. ודברים שבעל פה אי אתה רשאי לאומרן בכתב והיינו הלימוד מאליו מן הכתב ואח"כ אמרו דבי ר"י הלכה אלה אתה כותב ואי אתה כותב הלכות והיינו איסור הכתיבה ונראה זה ג"כ הטעם שמוליכו בשבת ויבמות מגלאתי מגילת סתרים ופירש רש"י מפני שלא היו כותבין הלכות כאשר היו שומעין דברי חכם שלא נשנה בבית המדרש היו כותבין אותו ומסתירין אותם. ולמה יסתירום אחרי אשר התירו לכפאם הכתיבה מפני חשש השכחה למה לא יגלום. אלא וודאי דאסור ג"כ ללמוד מתוך הכתב ואם נסתפק לו דבר בהלכות גיטין לא היה אדם רשאי לפשוט ספיקו בשומו לבו על הגט רק אל רב ומורה ילך לבקש תורה מפיו וזה היה קודם שהותר בימי רבי לכתוב תורה שבעל פה אבל אחרי שהותר בימי רבי לכתוב תורה שבעל פה משום עת לעשות וגו' וודאי מותרי ללמוד מה שיסתפק לאדם מתוך הגט. וכן משמע דאסור ללמוד מתוך הכתב הלכות אף שכבר יכתבו מתמורה דף י"ד ע"ב עיין שם. ואולם רבינו הב"י נמשך אחרי הרמב"ס שדעתו דבימי רבי התירו לכתוב המשניות וכן כל תורה שבעל פה. אבל מהר"י חביב בעל עין חיים בהקדמתו לפירושו האריך להוכיח מדברי רש"י וכן מסוגית הש"ס דתמורה הנ"ל דלא נכתבה המשנה כלל בימי רבי ולא הגמרא בימי ר' אשי רק בדורות אחרונים ואני מלאתי כן מפורש בהקדמת הסמ"ג וכן נראה מדברי בעל המאור והרמב"ן בשבת ריש פרק כל כתבי ובזה וודאי סרה קושית הב"י על המרדכי וכבר כתבתי כן אל החכם מוהר"ר שלמה מאהר ז"ל כאשר שלח לי את אשר הדפיס נגד האומר דמתני' לא נכתבה ובתב הוא ז"ל שלא נשמע כזה מעולם. וכתבתי אליו כי כבר היה לעולמים. ואולם הגאון הר"ש הנגיד במבוא התלמוד גם הוא סובר שנכתב המשנה בימי רבי והוא היה בימי רב האי גאון כנראה בספר הקבלה לראב"ד. ישלח נא על כי לא השבתי אליו מה שכתב לי עוד בדין מניקת כי אחרי שאהיה לועק על מה שעבר אין זה רק חילול השם בפני המון עם ה' ויד למלעיגים. וה' יבער קולי כרמו ויטעהו שורק בב"א, ומה שהקשה שם על רבה איך אומר חוששין לדרוסה הא כל מילי כרב ס"ל. איסתמיטתיה מה דאיתא שבת דף מ' ע"א כחומרי דרב עביד ולא כקוליה. ישמע ה' קולו ויהיה למשען לו. ויחזו עיניו במהרה בשוב ישראל לגבולו. ומלך ישראל וגואלו. בתוכם ישכון בהיכלו. במהרה בימינו אמן: ידידו דש"ת

הקטן מאיר א"ש;

סימן פז

שפעת שלום טובה וברכה לכבוד ידיד ה' וי"נ הרב המאור הגדול הח"ד:

נעימות ימינו הגיעני והנה הוא כונן על דבר אשר קרה בגלילות שלו שאיש אחד שלח גט לאשתו ע"י שליח וכאשר הוגד לו שהגיע הג"פ לאשתו נשא אשה אחרת ועתה הנהו מביא עדים שמסר מודעא בזה"ל איך שהג"פ שכתתי לאשתי המגורשת הנ"ל שאם יחזיר לי אבי המגורשת הנ"ל את החפצים אשר נשארו לי בידו יהיה הגט כשר למפרע עכ"ל;

ונסתפק

ונתפלפל מעכ"ת כי כיון שלא אמר בפירוש שלא יהיה גט יחשב גילוי דעתא בלבד דקי"ל דלאו מלתא היא או נאמר כיון דמעכשיו לא בעינן משפטי תנאים הרי זה שאמר מעכשיו לתנאי יחשב ולא כגילוי מלתא בלבד ופלפל בחכמה בדברי הב"ש שכתב בסימן ל"ח סעיף קטן ד' דגם במעכשיו צריך שלא יקיים בהן שודאי אין כוונתו שצריך לכפול תנאו רק כוונתו צריך שיאמר התנאי בסוף ולא יקיים בהרי זה גט ולפ"ז זה שקיים בהרי זה גט לא הוי תנאי רק גילוי דעתא. ושוב דחה מעכ"ת דגם להב"ש אם אמר תחלה את התנאי וקיים בהרי זה גיטך מעכשיו מהני וכמ"ש במכתבו הנה כן נראה באמת דעת הב"ש כי רחוק לאמר דצריך לומר דווקא המעשה קודם לתנאי היכי דאמר מעכשיו. אלא דגם לדידיה אם אמר אם תתנו לי מאתים יהיה גט כיון דדיבור אחד הוא מהני ולא בא לשלול רק אם אמר הרי זה גיטך מעכשיו אם תתנו לי מאתים ואם לא תתן לא יהא גט ואם תתנו יהיה גט דכיון דדיבור בפני עצמו יתכן לומר בגמר דבריו אדם נתפס והוי כמ"ש הב"ש לפני זה בסעיף קטן ג'. ואולם גם אם נאמר כמ"ש מעכ"ת כי תחלה דדעת הב"ש דכל היכא דאמר יהיה גט בסוף לדעת הר"ן בטל התנאי מ"מ ודאי א"א להתיר ע"ז אשת איש ח"ו שהרי דעת רבים מן רבותינו ז"ל דפסקו שרק לחומרא בעינן תנאי כפול דלא ס"ל כר"מ ורק לחומרא תיקן שמואל ת"כ וכאשר האריך הרמב"ן במלחמות ובספר הזכות הביאם המחבר בסימן ל"ח סעיף ד' ולדבריהם לחומרא נראה דא"ל גם כן הן קודם ללאו לחומרא והב"ש כתב הטעם משום דבממון אזלינן בתר אומדנא:

ולפע"ד לא משמע כן בדברי הה"מ בפרק ו' מהלכות אשות הלכה י"ד כשהביא שם דעת הסוברים כן דמשמע דבכל התנאים כיון דלא בעינן כפילא לא צריך ג"כ הן קודם ללאו ורק מה דמפורש דילפינן מתנאי בני גד ובני ראובן ילפינן לראב"ג ומה דאינו מפורש לא ילפינן ובאמת דלפ"ז מגומגם ג"כ אמאי במעכשיו בעינן הן קודם ללאו ואיך שיהיה אין כאן קולא מפני מה שקיים בהן אם דעת הסוברים דבכל תנאי לא צריך הן קודם ללאו ואם מפני שאמר מעכשיו לא כפל התנאי כלל דבכה"ג מודה הב"ש דלא צריך לקיים בלאו ויעויין בחידושי פוקקים להגאון הפלאה בקידושין בסימן זה:

ומה שהביא מעכ"ת מסימן קמ"א שהביא הרמ"א שם תשובת הרא"ש דאם אמר לשליח אם תרצה לבא אלי אקיימנה ואם לא פטור אותה בגט והבעל הלך מעיר ואח"כ הלכה האשה עם השליח לעיר וכתב שם דאפי' הבעל בעיר אם לא יכול להתפייס עמה יכול השליח ליתן הגט דמה שאמר תחלה אם תבא אלי אקיימנה אינו אלא דברים בעלמא ולא הוי אלא גילוי דעת שאינו. וכתבו הט"ז והב"ש דאם בשעה שעשאו שליח אמר אם תבוא אלי אקיימנה גם להרא"ש לא הוי גט אם באתה ולא התיר רק היכא דעשאו השליח סתם ואח"כ אמר לכך הוי רק ג"ד. ואם כן גם כאן כיון שעשאו שליח סתם מה שאמר אח"כ התנאי ההוא לא מהני. הנה לפ"ד מעכ"ת כי' נראה לכאורה דגם אם אמר בפירוש לפני עדים שאם לא יתנו לו התפלים אבל שאל לא יהיה גט ג"כ לא מהני וזה וודאי אינו ולא אמר הרא"ש רק דעשאו שליח ואמר אח"כ אם תבא אלי אקיימנה כי אין הלשון מורה כלל ביטול השליחות או הגט וכן הוא לשון הרא"ש כי לא הטיל במינוי השליחות שיתבטל אם תבא האשה אלא דברים בעלמא קאמר כו' אבל זה שאמר אם יתנו לו התפלים תהיה מגורשת כיון שאנו חוששין לומר מכלל הן שומע לאו אם נחשביהו לגילוי דעת בעלמא. והנה יש בלשון הבעל גמגום שאמר אם יתנו לו התפילים תהיה הגט כשר למפרע מעכשיו דכיון דאז בשעת אמירתו אינו שעת כתיבה ולא שעת נתינה איך יהיה כשר למפרע ומעכשיו אם שיהיה ראוי לגרש בו הלא משעת כתיבה כשר היה וראוי לגרש בו ומגורשת אינה עד שיגיע הגט ליד האשה ולא מעכשיו ומ"מ אין בזה די הכשר הגט לפענ"ד והנבל ההוא שתי רעות עשה ביטל

גט וכ"ש לפי מה שמשביעין אותו שלא לבטל הרי נשבע לשקר (עד שעלה על דעתי כי מפני כך היה ראוי לומר שלא נשמע מכלל הן לאו אלא שאין מתירין איסור אשת איש בדברים שלא נאמרו בפירוש) ועוד כי נשא אחרת. ולפ"ז הרי עבר על איסור אשת איש לישא שתי נשים ועכ"פ ראוי לגזור עליו לפרוש מן השניה עד שיגרש שנית כמשפט ולקנסו עוד. ולאשר מעכ"ת אן עלי להשיב בב"ד ראשון לזאת לא העתקתי אשר אתי בכתובים בענין הזה ובפרט במה שבא בדבריו לענין אם אמר הלאו ונשמע מכלל ההן שבטל ומכתב מאלי' תמה על מהרי"ט בחידושיו ואין הזמן מסכים כעת דברי ידידו שוחר טובתו הקטן מאיר א"ש:

סימן פז

להרב הגאון הגדול החריף ובקי כש"ת מוהר"ר אברהם אולמאן:

אשר שאל ידידי בדברי התוס' גיטין דף כ"א ע"א ד"ה ואבעית אימא שכתבו דחצרה דמקודש לכן לא הוי בע"כ כמו שליחות דהרי יכולה להפקירו ולא תתגרש ע"י וק"ל דכיון דהסוגיא אזלי דחצר משום יד איתרבאי וקטנה מגורשת ע"י חצרה (ובאמת לכ"ע חצר דגט משום יד איתרבאי) אם כן אכתי משכחת לה חצרה בע"כ בחצר של קטנה ולא שייך דתוכל להפקירה דקטן לאו בר מקנה הוא וה"ה להפקרו וא"ל הלא בגדולה לא משכחת לה דז"א דהלא בתלמודן משני גבי שליחות שכן אב מקבל גט לבתו קטנה:

יפה התעורר מעכת"ר כי' ורציתי לומר דכיון דבעי עכ"פ שיהיה החצר משתמר לדעתה והיכא דלאו בר אינטורי היא כלל אינה מגורשת כמו נתן בידה והיא ישנה. וכתבו הרשב"א והר"ן לקמן דאף אם נתן בחצרה כשהיא ישנה אינה מגורשת ואם כן כיון דקטנה אין הפקרה מהני מ"מ אם היא מפקרת את חצרה שוב אין מה שבתוך חצרה משתמר לדעתה ולא מתגרשה בחצר כזו:

מ"מ יתכן לומר דנהי דהאמת כדברי מעכ"ת דאם חצר משום יד איתרבאי קטנה מיגרשא על ידי חצרה וכדאיתא בב"מ מ"מ היינו לפי האמת דשליחות לאו מידה איתרבאי אבל באיבעית אימא הרי כתבו התוס' דבעי לשנויי אף את"ל דשליחות משום יד איתרבאי והרי משנה שלימה שנינו בגיטין דף ס"ה דקטנה אינה עושה שליח לקבלה וע"כ היינו מטעם גם אתם וכמ"ש הראב"ד בפרק ו' מהלכות גירושין וא"כ שוב אין לומר דקטנה וודאי יש חצר דהרי מידה איתרבי ויד אית לה ה"ה חצר דהרי שליחות ג"כ מידה איתרבי ואפילו הכי אין לה יד:

ויותר נראה לומר דהנה ידוע מחלוקת הפוסקים אם קטן אית ליה זכייה מדאורייתא כשאחרים זוכין לו. ונראה מדברי הרשב"א ריש פרק האיש מקדש דא"ל דקטן לית ליה זכיה מה"ת אף כשדעת אחרת מקנה לו אין לו זכיה כי הוא ז"ל הקשה לדעת הסוברים דקטן מד"ת אין לו זכיה מהא דאיתא בפרק השולח דף מ' קם אקני לבנו קטן ואמרינן דמוקמינן אפוטרופא לינוקא ואמאי הוצרכו למיקם דהרי מד"ת אכתי של אב וא"כ לכפיה לאב דלשחרריה ושוב אתי שיחרור דאורייתא ומפיק דרבנן יע"ש הרי דס"ל להרשב"א ז"ל דאם אין זכין לקטן מד"ת אף זה דדעת אחרים מקנה לא מועיל מה"ת וראיתי בספר קצות החושן שמייחס דעה זו בסימן רל"ה גם לדעת הריב"ש יע"ש שהאריך בדברי טעם:

ולענין קושית הרשב"א לפענ"ד תליא במחלוקת הרשב"ם והתוס' בב"ב דף קל"ח דלדעת התוס' שם הקשה הרשב"א שפיר. אבל לדעת הרשב"ם שם דס"ל דהנותן מתנה לחבירו

לחברו

לחברו ולווח המקבל מעיקרו ולא רצה לקבלו הוי הפקר וכל הקודם זכה דהרי הוא סילק עצמו ממנו ואם כן ה"ה בנותן מתנה לקטן דעכ"פ שוב אין העבד שלו דהרי הוא סילק עצמו ממנו. ואם כן לאמימר דאמר המפקיר עבדו אותו העבד אין לו תקנה דאיסורא לא מצי מקני ליה לא מהני שיחרורו של האב וא"כ אפשר דרב פפא בעי למיעבד ככ"ע ולשיטה זו צריך לומר גם בזה כדעת הרשב"ם שכתבו התוס' בגיטין דף מ' ע"ב ד"ה וכתב לי' יע"ש. עכ"פ למדנו מדברי הרשב"א דאת"ל דאין זכין לקטן ע"י אחרים ה"ה כשדעת אחרת מקנה לקטן עצמו לא מהני מד"ת וא"כ יצא לנו מזה דקטנה לא שייך הא דרבא כתב גט ונתנו בחצרה וכתב לה שטר מתנה עליו קנאתהו ומתגרשת בי' דהך דינא לא שייך בקטנה מדאו' דאין לקטן זכיה אפילו כשדעת אחרת מקנה אותו. ואפילו אם יש זכיה לקטן מד"ת אם נחליט דהך דדעת אחרת מקנה הוא מטעם זכיה גופא והרי כל שיש בו צד חוב דעת הט"ז דאין זכין לו ומכ"ש בכאן שהיא מתגרשת בכך דהוי חוב גמור ואף שהיא רוצה בכך מ"מ קטן כשלא בפניו דמי וא"כ א"א לקטנה להתגרש ע"י חצר דמתנה:

מעתה אומר אני לפענ"ד הא דאמרינן דשליחות מני אשכחן בע"כ שכן אב מקבל גט לבתו קטנה בע"כ אין הכוונה דמפני שיש שייכות בע"כ גבי קטנה (שאין יכולה לעשות שליח) לכך מהני שליח לקבלה גבי גדולה אף שאז אין האב מקבל גט לפני' דזה לא יתכן דכיון דבזמן שיש מציאות לשליחות בע"כ אין מציאות למדעתה ובזמן שיש מציאות למדעתה אין מציאות לבע"כ לא הוי דומיא דידה אבל כלפי דאמר דמצינו שליחות בע"כ שכן אב מקבל גט לבתו קטנה בע"כ משמע דיד דידה עיקר ויד אב יד יתירא דזכי לה רחמנא וכמ"ש הרמב"ן בגיטין דרבא הוי ס"ל הכי ולכך הוי ס"ל דנערה עושה שליח לקבל גיטה וא"כ שפיר אמרי' דאשכחן שליחות בע"כ ויש מציאות לשליחות בע"כ ומדעתה בזמן אחד דהיינו כשהיא נערה ועיין בחידושי הרמב"ן לגיטין ד' כ"א וס"ב אף כשבגרה או נערה דאין לה אב עושה שליח. אבל בקטנה לענין חצר אף דמשכחת גבי חצר בע"כ בחצר דמעיקר' מ"מ לא משכחת אצלה חצר דמדעתה וכאשר שייך מדעתה לא משכחת חצר בע"כ גמור דאז יכולה להפקירו ואם כן לא הוי דומיא דידו. דברי ידידו דש"ת:

הקטן מאיר א"ש:

סימן פח

בעזרת הש"י סוגיא דשיירות מצוייות בגיטין ובב"מ:

תחילת החורף משנת תקע"ח לפ"ק יארמוט יע"א:

יש לעיין בשיטות סוגיא דגיטין דף כ"ז וסוגיא דב"מ דף י"ח. הא' דבגיטין לא דייק טעמא דכמלך רק פריך סתמא הא אמר תנו כותבין. ובב"מ דייק ואחת שנית דבגיטין לא דייק במאי פליגי רבה ור' זירא לכ"ע. ובב"מ דייק. ומפרש דפליגי בהא כל מעשה ב"ד אף פירושו דאשתכח בב"ד. ורש"י פה בגיטין בהאי גיטא דאשתכח בב"ד דרב הונא לא פירש דהוה ע"י שליח. ובב"מ פירש רש"י דהוה ע"י שליח (ומה שפי' רש"י שם בב"מ דהוה מקויים אפשר הטעם דאם אינו מקויים לא היה שליח נאמן לומר בפ"נ ובפ"נ. דהוא נאמן יחידי משום דמדאורייתא א"צ קיום והוי כיון דכפל איתרע וצ"ע):

הרשב"א הקשה כיון דר"ז ורבה בחדא לישנא שני כאן בשיירות מצויות וכו' א"כ על מה פירש ל"ב דרבה ור"ז פליגי כיון דאיכא למימר דשוין. ותירץ הרשב"א דטעמא דרבה לא מסתבר להו כמבואר בדבריו. ויש לעיין אם כן אמאי קאמר ל"ק דר"ז בעי ג"כ שיירות מצויות והוחזקו ובמאי פליגי הכי לישנא. וי"ל קושיא זו בכמה אופנים:

הרי"ף והרמב"ם לפי מה שפי' המגיד והר"ן ז"ל דבהוחזקו ושיירות מצויות אין מחזירין כל שלא עבר אדם שם ובהוחזקו בלחוד או שיירות מצויות לבד בעינן דווקא ששהא אדם שם ופירש בטעמו משום דלא רצו למפסק תרי חומרא כמבואר במגיד. ולכאורה יש לומר דטעמם דא"א כלל להחמיר תרי חומרות הללו והוא ע"פ מה שהקשה הפ"י על דברי תוס' שכתבו בתחלה דרבה דייק מדקתני וכמלך מוכרח דאם אמר תנו כותבין קאי לאלתר פשיטא ור"ז ס"ל דכמלך אורחא דמילתא קתני ושוב תירצו עוד דרבה דייק דמסתמא איירי דומיא דסיפא דשטרי הלואה ומיאונין ור"ז לא דייק ומשמע דלתירוץ האחרון איכא למימר גם לרבה דכמלך לא אשמעינן שום רבותא והרי א"א לומר כן דא"כ מנ"ל לרבה דבהוחזקו ואין שיירות מצויות דמחזירין דאף דדייק מכל מעשה ב"ד דאישתכח בב"ד דמחזירין בשיירות מצויות מ"מ מנ"ל דמחזירין בהוחזקו דגרע משיירות מצויות כמ"ש הרא"ש (ולקמן יבואר בעזה"י) ותי' דהתוס' לכך נאדו מתירוץ הראשון משום דאיכא למימר דנהי דכמלך ע"כ קמ"ל שום חידוש מ"מ איכא למימר דקמ"ל דאף אם עבר אדם שם מ"מ מיקרי לאלתר ומחזירין לכך הוצרכו לפרש דדייק מסיפא. והנה המהרש"א עמד בתוס' בתירוץ הראשון שכתבו דלר"ז כמלך אורחא דמלתא דא"כ מאי קאמר לקמן דר"ז סבר דלמא הא אמר תנו כותבין וכדקי"ל לאלתר הרי אם ר"ז ס"ל דכמלך אורחא דמלתא אין הכרח כלל ממתניתין דאם אמר תנו כותבין וכקושית התוס' הראשונה ופירש המהרש"א דבאמת לאו ממתניתין דייק דאמר תנו כותבין וכו' רק דהאמת כן ולכאורה אין הלשון מסכים. ורציתי לומר על פי מה שכתב מהר"ם שי"ף על תוס' ראשונה שהקשו דלמא לעולם אף אמר תנו אין כותבין והא דקתני כמלך היינו משום דכמלך ולא נתן עדיין לכך א"א להחזיר אף אם אמר תנו שמא גט אחר אבל אם לא היה חיישינן לכמלך היה מחזירין הגט על כ"פ לראיה בעלמא. ונתעוררו המפורשים דאיך אפשר להחזירו לראיה דלמא זמן של זה הגט הנמצא קדים לזמן הגט שהיה לה וכיון דאין מחזירין לה עתה בעדים אלא לראיה בעלמא מאין ידעו הלקוחות לומר אייתי ראיה וכתב המהרמ"ש דעכצ"ל דדעת התוס' דכיון דכפל לעולם אסקי הלקוחות אדעתיה לומר אייתי ראיה. והנה דברים אלו יתכנו דווקא למ"ד יש לבעל פירות עד שעת נתינה שפיר שייך אייתי ראיה אימתי מטי גיטא לידך. אבל למ"ד דאין לבעל פירות משעת חתימה ואין הדבר תלוי כלל בנתינת הגט לידה לא שייך לומר אייתי ראיה רק דקושית התוס' דלמ"ד יש לבעל פירות עד שעת נתינה והכי קי"ל לדידיה לא יקשה קושית התלמוד ודחיקא להו דכולא סוגין דלא כהלכתא ומעתה אין מן התימה דקאמר תלמודן לקמן לר"ז דלא דייק כמלך לדברי התוס' כאן בגיטין דלמא הא אמר תנו כותבין ולעולם כו' דה"ק דאפילו את"ל אין לבעל פירות משעת חתימה וא"א לומר דהפי' במתני' דאם אמר תנו אין כותבין וכדלעיל מ"מ לזמן מרובה אין הכרח דדילמא כדקי"ל לאלתר:

ואולם אם אמרינן דממון לא חיישינן לשני יוסף בן שמעון וכדברי פ"י נסתרו דברינו אלו כמובן ומעתה י"ל דהרי"ף והר"מ ס"ל מדקאמר תלמודן דלמא הא אמר תנו וכו' גם לר"ז מכלל דפשיטא לן דלכ"ע דייקינן מדקתני וכמלך ולא קתני כתובין היו ולא כתנן דאתי לאשמועינן דאם אמר תנו כותבין ואם כן איך אפשר לומר דמיירי לאלתר קשה פשיטא וניחא להו משום דאיכא למימר דקמ"ל כל ששהא אדם שם דווקא זה בין לרבה ובין לר"ז דבהא לא פליגי רק דרבה דייק מדומיא דסיפא דשטרי הלואה ומיאונין ור"ז לא דייק. ולפ"ז לכאורה מוכרח דכל ששהא אדם שם דווקא הוא לזמן מרובה אמנם באמת אין ראיה דאכן ה"ק דר"ז לא רצה להקשות ממתניתין משום דאיכא למימר לאלתר וקמ"ל כל ששהא וכו' אבל לבתר דדייק בברייתא דיש חילוק בין שיירות מצויות שוב איכא למימר דכל שעבר אדם מקרי זמן מרובה ומתניתין מיירי באין שיירות מצויות רק דהא תינח לל"ק דר"ז דבעינן תרתי שפיר איכא למימר כל שלא עבר אדם שם מיקרי דווקא לאלתר

דמתניתין איירי בהוחזקו ואין שיירות מצויות אבל לל"ב דר"ז דבשיירות מצויות בלבד אין מחזירין ואם כן אם מתניתין איירי לזמן מרובה ע"כ דמיירי בשאין שיירות מצויות ולא הוחזקו וקשה מאי קמ"ל בשלמא ברייתא דלא חיישינן שמא כתב ליתן בכיסן כו' אבל במתני' א"א לומר (כמבואר בתוס' ד"ה הא אמר תנו הסכי) דקמ"ל הא וע"כ את"ל דבחדא לריעותא ג"כ אין מחזירין דמתניתין קמ"ל כל ששהא אדם שם דווקא ניקרי ז"מ ולכך פסקו הרי"ף וסיעתיה דבחדא לריעותא בעיין דווקא ששהא אדם דא"א לומר בחדא לריעותא שעבר אדם שם דא"כ הוה תרתי חומרי דסתרי אהדדי ודו"ק:

רק דלפ"ז קשה קושית הרשב"א שכתב לעיל דאמאי קאמר ל"ב דר"ז פליג על רבה ואי משום דסברת רבה קשיתיה כדברי הרשב"א אם כן אמאי לל"ק קאמר דהיינו דרבה ובמאי פליגי ורליתי לומר על פי דברי הרה"מ שכתב דר"ז לל"ב דווקא בשיירות מצויות פליג משום דתלינן ברובא אבל בהוחזקו מודה והרא"ש וסיעתו סוברים דהוחזקו גרע משיירות מצויות וא"כ איכא למימר דבהא פליגי הני תרי לישנא דהרי הקשו תוספות לדבריהם שכתבו דר"ז דייק דברייתא איירי לזמן מרובה דאי לאלתר פשיטא והקשו דלמא קמ"ל דלא חיישינן לשמא כתב ליתן בכיסן וכו' ותי' בב"מ דסובר ר"ז אין לבעל פירות משעת חתימה מעתה איכא למימר דל"ק סובר שהוחזקו גרע משיירות מצויות וא"כ ר"ז כרבה ס"ל דהרי כל דקדוקו דהברייתא איירי לזמן מרובה דאל"כ פשיטא ומאי משכי דמיירי באין שיירות מצויות וע"כ ג"כ לא הוחוקו אם ל"ל דרבה דהרי הוחזקו חמיר משיירות מצויות ואכתי מאי קמ"ל (וכמ"ש הרמב"ן ד"ה דר"י ור"א) אע"כ כרבה ס"ל ובעינן הוחזקו ושיירות מצויות ומיירי הברייתא בהוחזקו ואפ"ה יחזיר ול"ב סובר דשיירות מצויות חמיר מהוחזקו וא"כ איכא למימר דר"ז בשיירות מצויות ל"ל דרבה וברייתא מיירי שאין שיירות מצויות וקמ"ל דאף על גב דהוחזקו אפ"ה מחזירין ובזה יש ליישב מאי די"ל בהכי תרי לישני דפליגי בהא דעבד רבה בעובדא כשמעתיה לל"ק היכא דתרו כיתנא ולל"ב היכא דמזבני כיתנא דמלבד דקשה במאי פליגי ומאי כ"מ. עוד ל"ע להרב המגיד דס"ל דשיירות מצויות חמיר ול"ב דר"ז רק על שיירות מצויות פליג לא על הוחזקו א"כ איך קאמר דעבד רבה עובדא כשמעתיה לחד לישנא משום דפסק דיחזיר בגיטא דאשתכח היכא דתרו כיתנא דהוחזקו והרי אף מאן דפליג מודה בהוחזקו. ולהנ"ל ניחא דהך לישנא גם הוא ס"ל דהוחזקו גרע משיירות מצויות ואם כן כיון דפסק רבה בהוחזקו דיחזיר כ"ש בש"מ דקיל· אמנם לפ"ז כסתר תירוצינו על הרי"ף דהרי להרב המגיד איכא למימר דמתני' קמ"ל גם כן דיחזיר בהוחזקו ולעולם כל שעבר אדם שם אינו לאלתר:

והנה יש ליישב קושית הרשב"א הנ"ל באופן שני. דהנה התוס' כתבו בד"ה מעולם לא חתמנו. דאף על גב שאינם מעידים רק שמעולם לא חתמו כי אם על גט אחד של יב"ש בלבד. אע"ג דאינם מעידים שהוא יב"ש הזה שחתמו לו. אפ"ה מחזירין הגט. מטעם דהבעל אינו חשוד לקלקלה. דהרי בעל שאמר גרשתי את אשתי כאמן. ולא אמרינן דזייף אפסיטי דספרא. נראה כוונתם דאע"ג דקיי"ל דבעל שאמר גרשתי אינו נאמן. וכדאמר רבא חוש לה. הייכו משום דגרע כח המגו משום דאם איתא דגירשה קלא אית ליה מילתא. אבל לענין שיהיה זה הגט אין לנו ראיה להכחישו ודאין לו קול. ואם כן אפשר דאף לנ"ד לא פלגינן דיבורא הכא ומודה דפלגינן ומהימנינן ליה במה אומר שזה גיטו ולא מהימנין במה שאומר שגירשה מכבר דהוי כתרי גופא. אבל רש"י פירש מעולם לא וכו' ואותו גט חתמנו ליוסף ב"ש זה. נראה מדבריו דס"ל דהבעל אינו נאמן. כיון דקי"ל בעל שאמר גירשתי את אשתי אינו נאמן. וכ"ה לדעת הר"ס שכתב בפרק י' מהלכות גירושין הטעם דבעל שאמר גרשתי אינו נאמן דאולי גרשה בגט פסול ונתכוון לקלקלה. הרי להדיא דלא כדעת התוס'. ולכך יש לתמוה על הב"י סימן קל"ב שכתב דמשמע מדברי הר"ס כדעת התוס' והרי א"א לומר כן. ואם מפני שהר"ס כתב דאם אמרו העדים מעולם לא חתמנו אלא על גט אחד של יב"ש מחזירין.

ולא הצריך שיאמרו ליב"ש זה. אפשר משום דמיירי בידענו שנפל ממנו גט שהיה חתומים עליו שמות עדים הללו. או בשהשליח עצמו מלאו. תדע דהרי הר"ס בשליח איירי (ול"ל להב"י דגם השליח ג"כ אינו חשוד) עכ"פ נראה דאף לרש"י שהוצרך לומר ליב"ש זה. הייכו דווקא למאי דקיי"ל דבעל שאמר גרשתי כו' אינו נאמן. אבל לנ"ד דנאמן לומר גרשתי מודה רש"י דאין צריך שיאמרו זה. והתוס' בד"ה כאן הקשו היכי דהוחזקו כו' איך מחזירין מנא ידענו דשל זה הוא. ותירץ כיון דידענו דמזה יב"ש נפל גט לא חיישינן דשמא גם מאחר נפל: וכתב המהרש"א דהא דהצריכו התוס' שנדע הייכו מקמי' דאסקי דהבעל נאמן. אבל בשמת הבעל נאמן. תדע דאם כן ברייתא דמוקמינן לל"ק בהוחזקו איך ידענו דמזה יב"ש נפל. ולא מאחר. ולא שייך לומר דידענו. דא"א לומר כן דביד הבעל א"א שראינו דהא מודה דממנו נפל. וביד האשה ג"כ א"א דא"כ נחזיר לראיה וכמ"ש התוס'. אע"כ דהבעל נאמן. ומעתה לפ"ז למאי דכתבנו לדעת רש"י ור"ס ע"כ ל"ק סובר דבעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן. ומלינן לומר דר"ז סובר כרבי ומוקים אידי ואידי בהוחזקו. וברייתא באין שיירות מצויות. אבל ל"ב סובר דבעל שאמר גרשתי את אשתי אינו נאמן אם כן א"א למוקים הברייתא בהוחזקו. וא"כ ע"כ ר"ז דמוקי ברייתא באין שיירות מצויות ל"ל דרבה דבעינן תרתי. דאם כן הוה ליה לאוקמי' הברייתא בשיירות מצויות כיון דע"כ מיירי בלא הוחזקו וק"ל:

והנה יתכנו דברינו לעיל לפי דברי מהרש"א ז"ל. שלמד מדברי תוס' שתירצו לעיל דר"ז דייק מברייתא לזמן מרובה. משום דע"כ מיירי בלא ראינו בידה כו' מזה למד מהרש"א ז"ל לומר דע"כ הבעל נאמן אם הברייתא מיירי בהוחזקו. אלא דלפ"ז תמוה אם כן מעיקרא מאי ס"ל להתוס' בד"ה כאן דכתבו שידענו שממנו נפל. והרי ע"כ הבעל נאמן כדברי מהרש"א מכח הברייתא. אבל באמת י"ל לפי מה שהקשה הש"ג בשם גליון בב"מ דמאי הוכיחו התוס' דברייתא מיירי לזמן מרובה כיון שלא ראינו בידה ובידו א"א דהרי מודה שממנו נפל ודלמא לעולם מיירי שראינו בידו. רק שמודה שזה זמן מועט שעוד לא עבר אדם שם. כתן לה וממנו נפל. וכ"ה המהרמ"ש ותירץ דזה דוחק אי מיירי לאלתר. והגליון תירץ אם ראינו בידו א"כ בזמן שאין הבעל מודה אמאי לא יחזיר לבעל. ואי משום כתובה הרי זמן מועט קודם הנפילה ראינו הגט בידו. ומסתמא ממנו נפל עכ"ל. כל זה לפי מה שבאנו לומר דהברייתא ע"כ לא מיירי לאלתר ע"ז דאינו שפיר דע"כ לא מיירי בראינו ביד אחד מהם. אבל לפי מה שתי' ר"ז כאן בשאין השיירות מצויות ולזמן מרובה. איכא למימר דהברייתא לעולם מיירי בהוחזקו והבעל אינו נאמן. וא"ל א"כ מכין ידענו שהגט נפל מיב"ש זה ולא מאחר דאיכא למימר דראינו ביד הבעל זמן מרובה קודם ויש לעיין ולקיים דברי מהרש"א:

ואולם לתרץ קושית הרשב"א הנ"ל אף מבלי דברי מהרש"א יש ליישב ע"ד הנ"ל באופן שלישי והוא על פי דברי התוס' שכתב דרבה הוכיח מדומיא דשטרי חליצה ומיאוכין. וכן ר"ז מברייתא דע"כ מיירי בלא ראינו בידה ע"י מה שכמלא לאלתר לא ידעינן כלל שהוא שלה. וכתב הפ"י והמהר"ס שי"ף דא"ל דמיירי שזמן הגט בו ביום שכמלא. דמשום זה אכתי לא ידעינן כלל שהוא שלה ולכן כתבו התוס' ע"י מה שכמלא לאלתר לא ידענו כו ולא כתבו כיון דלא ראינו בידה לא ידענו אם הוא לאלתר או לזמן מרובה (כמ"ש בב"מ) רק משום דאפשר לידע שהוא לאלתר ע"י הזמן. רק דלא ידענו שהוא שלה ולכאורה לא יתכן זה רק לפי מה דלא אסיקנא דהבעל נאמן. אבל אם הבעל נאמן אין ראיה מברייתא דמלא גט אשה כו' דמיירי לזמן מרובה דדלמא לעולם לאלתר וידענו זה ע"י הזמן. ושהוא שלה ולא של אחר ידענו. דהבעל נאמן. ואפשר דאם גט מאוחר כשר אין מהזמן ראיה אבל אם גט מאוחר פסול כדעת הר"נ. לכאורה אם הזמן בו ביום ולא עבר

אדם היום ומילא הוא לאלתר. מעתה אם בעל שאמר גרשתי כו' נאמן אין דיוקו של ר"ז דהברייתא מיירי לזמן מרובה. משום דלא ראינו בידה כמ"ש התוס' בתירוץ השני. דהרי איכא למימר דהזמן מוכיח. והבעל נאמן שהוא שלה. וע"כ דיוקו של ר"ז דאם לאלתר פשיטא. וקשה קושית התוס' דלמא קמ"ל דלא חיישינן לכתב ליתן בניסן כו' וכ"ל כתי' בב"מ דאין לבעל פירות משעת חתימה. ואם כן אם ר"ז ל"ל דרבה קשה מאי משני דהברייתא מיירי באין השיירות מצויות. ואכתי מאי קמ"ל אע"כ דמיירי בהוחזקו. וס"ל כרבה אבל ל"ב ס"ל דבעל שאמר גרשתי את אשתי אינו נאמן. ואם כן איכא למימר דלעולם ר"ז לא ס"ל כרבה משום דלא מסתבר טעמיה כמ"ש הרשב"א. והא דאוקמי' להברייתא בשאין השיירות מצויות היינו גם ולא הוחזקו. וא"ל דא"כ פשיטא. דקמ"ל דלא אמרינן שמא כתב ליתן בניסן. וא"ל א"כ מנ"ל דהברייתא מיירי לזמן מרובה. דלמא לאלתר וקמ"ל דלא חיישינן לשמא כתב ליתן בניסן כו' ז"א דכיון דבעל שאמר גרשתי כו' אינו נאמן. מוכח דאפילו לזמן מרובה דהרי ע"כ לא ראינו הגט ביד אחד מהם. וא"כ ממאי שנמצא לאלתר לא ידעינן כלל שהוא שלה :

אך כל זה לשיטת התוס' בב"מ שכתבו לתרץ קושייתם שהקשו. על תירוץ הראשון דרבה ור"ז דייקו מכח דאי לאלתר פשיטא דלמא קמ"ל דלא חיישינן לשמא כתב ליתן בניסן כו' דר"ז סובר אין לבעל פירות משעת חתימה ניחא. אבל לפי מאי שתירצו התוס' בגיטין דכיון דמיירי לאלתר לא שייך כלל לומר דקמ"ל דלא חיישינן לשמא כתב דדלמא מיירי שנמצא בו ביום שנכתב ודווקא אי לזמן מרובה פריך דניחוש. נסתר תירוציהו דלעיל כמובן. ויש לתרץ קושית הרשב"א הנ"ל באופן רביעי. ויתיישבו ג"כ דברי הראב"ד בספר הזכות בגיטין שכתב להעמיד דברי הרי"ף שפסק כל"ב דר"ז דמ"ד שלא עבר אדם שם או שלא שהה אדם שם. ע"כ ס"ל דבהוחזקו בלבד גם כן אין מחזירין לזמן מרובה. דהרי משום שעבר או שהה אדם לא מיקרי שיירות מצויות. ואפ"ה אין מחזירין עכ"ל ויש לעיין דאם כן מאי טעמא דרבה הכי כתנאי אמר לשמעתיה ותלמודן לא אמר לימא כתנאי. ובפרט לפי מה שכתבו התוספות והרא"ש דאביי ורבא ביצחק ר"ג פליגי בפלוגתא דרבה ור"ז. א"כ אמאי לא אייתי אביי ראיה מר"י אמר שמואל דפסק שלא שהה אדם שם גם כבר הערנו לעיל דצריך ישוב במאי פליגי הנך תרי לישנא אם ההוא גיטא דעבד ביה רבה כשמעתי' אשתכח היכא דתרו או היכא דמזבני כיתנא ומאי נ"מ. גם צריך להתיישב בדברי הראב"ד בהשגות שאחרי שהתלונן על הרמב"ם שכתב בתחלה בשמ"צ שלא שהה. ובהוחזקו שלא עבר וכתב שלא מצא חילוק בלאלתר וכתב עוד דהוחזקו היינו במקום שנכתב בו הגט וקיים וכמדומה שלא כיון לזה הפי'. והה"מ כתב ואני אומר כו' שאותו המקום שהזכיר רבינו היינו המקום שנכתב בו הגט. ומ"מ אפשר שאם אין כתוב בגט שם עירו ועירה הגט כשר עכ"ל ופי' ובזה מצינו לומר דהוחזקו שני יב"ש בעיר שנמצא הגט. ומ"מ צריך חקירה מה ראה הראב"ד לומר בדעת הרמב"ם שלא נתכוון לזה הפירוש וליישב כל זה בארוכה מישור וראה. דהנה לפום רהיטא אין דעת הפוסקים שוה. מה חמור יותר דלדעת הה"מ והר"ן וכ"ה ברמב"ן בחידושיו. שמ"צ דאיכא למיחש לרוצא דעלמא חמיר יותר מהוחזקו. והרא"ש סובר דהוחזקו חמיר יותר. וכן כתב הפ"י בכולה סוגין ומכח זה פי' בדברי התוס' ד"ה כאן במקום. פירוש. שכמדומני אין הלשון בתוס' הולמתו. ולפענ"ד נראה דאפשר לכוון סברת הפוסקים. דזה לשון הרא"ש. וא"ד אע"ג דהוחזקו לא נהדר ופליגא דרבה. ונראה דכ"ש אם הוחזקו. אע"ג דאין שמ"צ. דיותר יש לחוש שאותו המצוי בעיר עבר דרך שם אפילו במקום שאין השמ"צ ממה שנחוש שבא אחר מעיר אחרת ועבר דרך שם ואפילו במקום שהשיירות מצויות עכ"ל הרא"ש. הנה מבואר מדבריו אלה דדווקא כשהוחזקו שני יב"ש באותו העיר שנאבד שם הגט וכגון שאין שם העיר בגט או שנכתב במקום שנאבד הוא דגרע וחמיר הוחזקו משמ"צ משום שיב"ש האחר מצוי בעיר הזאת אבל אם הוחזקו שני יב"ש בעיר שנכתב הגט מודה הרא"ש דחמיר שמ"צ מהוחזקו והוחזקו דמדכרינן דבעינן לרבה כשהשיירות מצויות היינו הוחזקו בעיר שנכתב הגט וזה קיל יותר משיירות מצויות דכיון דבין כך ובין כך כשבאת לומר שנפל מאחר אתה צריך לומר שבא מעיר אחרת לכאן שוב יש חומרא יותר בשיירות מצויות דהוי רוצא דעלמא מהוחזקו לחוד ומשום דפשטא דברייתא דמצא גט אשה בשוק בזמן שהבעל מודה לא משמע דהוא גט ע"י שליח וכמ"ש הה"מ בשם הראב"ד בב"מ (וכן נראה דאם כן בעל מנא ידע) רק דהטענה בין בעל לאשתו ומן הסתם הוא בעיר שנכתב הגט לכך קאמר הרא"ש דאם בשיירות מצויות מחמיר ר"ז מכל שכן בהוחזקו שני יב"ש בעיר שנמצא שם הגט וזה גם כן דעת הראב"ד דאיהו סובר דשיירות מצויות חמיר מהוחזקו בעיר שנכתב הגט כסברת הה"מ ואם הוחזקו בעיר שנמצא הגט חמיר משיירות מצויות כס' הרא"ש והוא סובר דדעת הר"ם שכתב בשמ"צ שלא שהה ואח"כ בהוחזקו שלא עבר דבהוחזקו בלחוד קאמר וכמו שהבין גם הרשב"א בדברי הר"ם ולכך מתחלה השיג על דינו ואח"כ כתב דהוחזקו דגמרתינו היינו בהוחזקו במקום שנכתב הגט לא במקום שנמצא וכתב דכמדומה שלא כיון הר"ם לזה דמדהחמיר בהוחזקו יותר משיירות מצויות ואם הוחזקו דהר"ם היינו במקום שנכתב הגט אין טעם להחמיר בהוחזקו יותר מבשיירות מצויות אע"כ בהוחזקו במקום שנמצא הגט קאמר הר"ם ואז יש לומר סברת הרא"ש ז"ל :

והנה אחרי שבררנו דשלש מעלות יש תחלה הקל שבכולן הוחזקו בעיר שנכתב שם. למעלה ממנו שמ"צ. ולמעלה ממנו הוחזקו בעיר שנכתב שם. ומעתה יש להסתפק לרבה דמוכח אליביה דבשמ"צ בלבד מהדרינן ומדמהדר האי גיטא דאשתכח בב"ד דר"ה משום דלא הוחזקו. וממילא דאם הוחזקו בעיר שנכתב שם שני יב"ש ג"כ מחזירין אם משום דקיל יותר. ואם מכח דמוקי מתניתין דלזמן מרובה פסול בשמ"צ וע"כ עם הוחזקו. מכלל דבהוחזקו בלחוד מהדרינן. אבל עדיין לא ידענו אם הוחזקו בעיר שנמצא שם הגט אם מחזירין לרבה והא דלא מוקי מתני' דפסיל לזמן מרובה בהוחזקו בעיר שנמצא היינו משום דמתני' מיירי בגט שבא על ידי שליח ושם עירו מעכב בגט ומעתה סרה הקושיא מעל הה"מ שהקשינו לעיל וגם ידענו מאי נ"מ בין האי לישנא דאמר דהאי גיטא אשתכח היכא דתרו או היכא דמזבני כיתנא. דכ"ע ס"ל והוי ידעי דהאי גיטא בפומבדיתא. נכתב. נאבד ונמצא. ול"ק ס"ל דרבה אפילו בהוחזקו בעיר שנמצא הגט נמי מכשיר ולכך קאמר דעובדא הוי היכא דתרו כיתנא ומיושב קושין על המגיד כמובן ול"ב ס"ל דבהוחזקו בעיר שנמצא שם הגט גם לרבה פסול והאי גיטא היכא דמזבני כיתנא אשתכח ומשום דשמ"צ לחוד הוי ולא הוחזקו החזירו רבה כשמעתי' אבל אם הוחזקו אע"ג דלא הוי שיירות לא הוי מהדר ליה רבה דבהוחזקו בעיר שנאבד לא מהדרי' ומעתה מיושב קושית הרשב"א על נכון דבהא פליגי הני תרי לישנא אליבא דר"ז דלכ"ע לישנא דברייתא דקתני מצא גט אשה בזמן שהבעל מודה כו' דהטענה בין בעל לאשתו משמע שהגט כאן נכתב ונאבד ונמצא וכמו שמשמע ברא"ש כמ"ש לעיל ובהא פליגי דל"ק אליבא דר"ז ס"ל כל"ק אליבא דרבה. דרבה מכשיר אפילו בהוחזקו בעיר שנאבד ונמצא ולכך קאמרי' והוא דהוחזקו דלא נהדר והיינו דרבה אבל ל"ב סובר כל"ב אליבא דרבה דבהוחזקו בעיר שנכתב ונאבד ונמצא גם לרבה לא מהדרינן א"כ א"א לומר דהא דאמר ר"ז כאן בשיירות מצויות כאן בשאין שיירות מצויות מיירי בהוחזקו וס"ל כרבה דאם כן ברייתא דמיירי בשנאבד במקום שנכתב מנ"ל איך מיירי אם בשהוחזקו הא בכה"ג גם לרבה לא יחזיר וע"כ בשלא הוחזקו וקאמר דווקא בשאין שיירות מצויות אם כן מוכרח דלא ס"ל כרבה ודו"ק :

ולפי"ז מיושב נמי מה שעמדנו בדברי הראב"ד בספר הזכות שכ' דלמ"ד שלא שהה או שלא עבר מוכח דבהוחזקו בלבד נמי לא יחזיר דהרי משום ששהה או שעבר לא מיקרי שמ"צ והערנו דא"כ רבה כתנאי ואמאי לא קאמר תלמודן לימא כתנאי

ויתיישב

ויתיישב ג"כ במאי פליגי הכהו לישני דאמרין דלרבה פליגי אם פוסל בהוחזקו בעיר שנאבד וכמלא דהנה דברי הראב"ד שכתב דלמ"ד שלא שהה או שלא עבר מוכח דלא בעינן רק הוחזקו בלבד ולא שיירות מלויות וכו' ה"ד אם כל החשש מחמת השיירות שעברו אחר שאבד זה הגט אזי דברי הראב"ד שרירין וקיימין דמחמת ששהה אדם עדיין לא מקרי שמ"ל אבל הרשב"א בחידושיו סובר דהחשש הוא ג"כ מחמת השיירות שעברו לפניו רק דבעינן שלא שהה או שלא עבר דאל"כ גיטו של זה היכן הוא אבל אם שהה או עבר אמרי' אולי גט משיירות שעברו וגיטו של זה לקחו מי ששהה ועבר שם ולדבריו פשוט דאין הכרח ממ"ד שלא שהה דפליג ארבה אך הרשב"א בעלמו הביא דאיכא סברא בירושלמי דלא חיים לשיירות שעברו קודס שעבר השליח מדבעי לאכשורי ככרי שעבר. אחרי השליח· ולפ"ז להך סברא דברי הראב"ד אמיתים ומוכרח דלא כרבה אבל אם אמרי' דרבה מודה בהוחזקו בעיר שנאבד וכמלא איכא למימר דברייתא מיירי בהוחזקו במקום שנמלא הגט (ואפי' מיירי ברייתא ע"י שליח משכחת לה או שאין שם עיר בגט או ששם שתי העיירות שוות) ומעתה בהא פליגי הכהו לישנא מאן דפוסל לרבה בהוחזקו ס"ל כמ"ד בירושלמי דלא חיישינן לשיירות שעברו קודם השליח וא"כ איך אפשר לו' דבעי' שמ"ל הרי פסקי' שלא שהה וכו' וכדברי הראב"ד וע"כ דרבה מודה בהוחזקו בעיר שנמלא ומוקי להו כה"ג אבל מאן דמכשיר ס"ל כמ"ד בירושלמי דהחשש בשמ"ל הוא ג"כ על השיירות שעברו לפני השליח וכדברי הרשב"א וא"כ איכא למימר דרבה מכשיר בהוחזקו בעיר נמלאו והא דפסלינן בשהה היינו מפני השיירות שעברו קודם שעבר השליח. והולם לפ"ז נסתרו דבריכו ביסוב דברי הרי"ף והרמב"ם. דהרי לפ"ז אין הכרח לל"ב דר"ז דבשיירות מלויות מקילין כל שלא עבר אדם שם דדלמא מתני' מיירי בהוחזקו שנכתב הגט ובא ע"י שליח לכאן ונאבד ועיין:

ויש לתרץ קושי' הרשב"א הנ"ל עד"ז דהנה התוס' בפ' אלו מליאות הכריחו דרבנן פליגי על רשב"א דס"ל כלי אכפוריא אין חייב להכריז ורבנן פליגי דס"ל אפי' אכפוריא חייב להכריז חדא מדקאמר ומודה רשב"א וכו' ועוד משמעתין דאהדרו לרבה בב"ח גיטא וקתם גט לא שבעתו עין דלא משהי איכש גיטא· ותמה הלח"מ פי"ג מהל' אבידה על הר"ם שפסק כרשב"א ובאמת בהא דכתבו התוס' מדקאמר ומודה רשב"א מכלל דרבנן פליגי כבר כ' הש"מ בשם הריטב"א שאין זה הכרח ומליכו כי"ב מודה לכפשי' דלא פליגי רבנן עלי' (וכשאלי לעלמי הייתיהומר דאף דלא משהי איכש גיטא היינו הבעל משום דלא מקדים איכש פורענותא לכפשי' אבל השליח משכחת לי' ששבעתו העין דמשהי גיטא בידי' אם הדרך רב· ועוד אם לריך שיאמר בפ"כ· ובזה יומן דברי רש"י שכ' דרבב"ח שליח הוה שעמד מהרמ"ס בדבריו. ולהכ"ל כיחא) ואפשר לומר דאין מדברי רבב"ח הכרח אף לדעת התוס' דכפסוק דלא כרשב"א או דפליג עלי' שוס חכס דהרי הרמב"ס פסק דאם מלאו בחפיסה ומכירו להגט בטב"ע הר"ז יחזיר ותמהו פליו הרשב"א והר"ן בעלמס בפ' ג"ה דהא דאין מחזירין כלי אכפוריא אין הטעס משוס דלא משקר רק משוס דאמר בדדמי וקובר שמכיר ואיכו מכיר ולפ"ז קשה לדעת התוס' שקובריס דקתס תגט לא שבעתו עין ומשמע מדברי' אפי' ע"י שליח. דאל"כ לא הוכיחו כלוס וא"כ אמאי מהכי במתני' מכירו אע"ג דאית לי' מגו כמ"ש התוס' הא הוי מגו בדדמי ומגו בדדמי לא אמרי' אמנם אין קושיא על התוס' דדילמא מתני' כרבכן דהרי לדידהו פסקי' כרבכן וא"ל א"כ אמאי לא הוכיחו ממתני' דאיכא תנא דפליג על רשב"א ז"א דהתוס' סובריס דאיכא למימר ומכירו לחפיסה וכמו שפי' לחד תי' בגיטין דף כ"ח ד"ה נמלאו בחפיסה אבל הר"ס סובר דליכא מאן דפליג על רשב"א ולכ"ע כלי אכפוריא איכו חייב להכריז וס"ל דמכירו לא משמע אחפיסה רק על הגט ולכך באמת בהיכר הגט לחוד לא סגי דדלמא אמר בדדמי וסימן החפיסה ג"כ לא מהכי דסימכין דרבכן אבל בלירוף שניהן סגי וכי"ב כתבו התוס' להדיא ביבמות וכן כתבו התוס' להדיא ביבמות דף קט"ו ע"ב ד"ה וקאמרי סימנים ומעתה אין ראי' מרבב"ח דפסיק דלא כרשב"א דלעולם כרשב"א ס"ל וה"ק לא ידענא אם משוס סימנא בלבד וס"ל סידא"ו או משוס טביעות עינא ג"כ ודווקא כ"מ דלא משקר אבל ע"ה חשדינן לי' דמשקר ואין הט"ע ראי' וסימנים לבד אין לסמוך דסימנים דרבנן ובמתני' מיירי שהוא בעלמו מלאו ולכך כל אדם כאמן שמלאו בתפיסה ומכירו אבל בעובדא דרבב"ח אחר מלאו ולכך אם סימנים דרבנן ובעי ט"ע ג"כ לא מהדרינן לע"ה ודו"ק:

אמנם אם הפי' במתני' דדוקא תרתי בעי דמכירו לחוד לא מהכי רק בלירוף סימנים א"כ קשה תפשוט ממתני' דסימנים דרבנן דאם סימנים דאורייתא אמאי בעי מכירו לגט כיון שמלאו בחפיסה ובדלוקמא ואין לומר דאו או קתני דהרי מכירו לחוד לא מהכי ואפשר לומר דכמו שכתבו תוס' דאע"ג דסימני' דרבנן ולא סמכינן עליי' בלחוד מ"מ בלירוף ט"ע מהכי אע"ג דעל הטביעות עין בלבד ג"כ לא הוה סמכינן מ"מ בלירוף תרווייהו סמכינן אף אנו כאמר (על לד הפלפול בלבד) דאע"ג דחיישי' לשאלה היינו שלא לסמוך על סימני כלי בלבד מ"מ עס לירוף ט"ע אע"ג דאיכו ט"ע גמור' דאיכא למיחש דאמר בדדמי מ"מ בלירוף תרווייהו מהכי דהרי לענין ממון כתב הרא"ש בב"מ ספ"ק דלא חיישי' לשאלה ממיל' לא חמיר חשש שאלה מחשש דלמא אתרמי סימנין כסימנין למ"ד סימנין דרבנן והא קמן דכמה גדולים ס"ל לדינא דלא חיישי' לשאלה עיין ש"ך ח"מ סי' ק"ה א"כ אף הסובר דחיישינן לשאלה מ"מ איכא למימר דמודה דמלרפינן לט"ע שאיכו גמור וא"כ לכך בעי מתני' תרווייהו כמובן:

רק דלפ"ז מוכח דלמ"ד סימנים דאורייתא הוחזקו לחוד ג"כ חיישי' דאם כאמר דלא חיישינן רק בדאיכא ג"כ שמ"ל קשה עדיין אמאי בעי מכירו ג"כ ואם משום דאם איכו מכירו איכא למיחש לשאלה זה איכו דכיון דבהוחזקו לחוד לא חיישינן משום דהוה כפילה דיחיד וכמ"ש הרשב"א רק בלירוף שיירות מלויות דאז הוי כפילה דרבים וזה שייך בלא כמלא אלא הגט בלבד אבל זה שכמלא בחפיסה סבריא לכו שהוא של השליח כיון דסימנים דאורייתא ואין לכו לחוש רק לבמא השאילו לאחר וממכו כפל ואין ספק רק אם מסליח כפל או מזה שהשאילו וסוב אע"ג דשיירות מלויות מ"מ לא הוה אלא כפילה דיחיד אע"כ דבהוחזקו בלחוד לא יחזיר ולכך בעי מתני' מכירו וא"כ לפ"ז איכא למימר דבהא פליגי רבה ול"ק דר' זירא ס"ל סימנים דרבנן ואיכא למימר דדוקא בהוחזקו לחוד לא יחזיר ול"ב דר"ז ס"ל סימנין דאורייתא א"כ בהוחזקו לחוד לא יחזיר וממילא מוכח דבשמ"ל לבד ג"כ לא יחזיר כמובן ודו"ק:

ולדברינו אלה אין לורך לומר דרבה ול"ב דר"ז פליגי בדוקיא דמתני' אם כל מעשה ב"ד יחזיר פירושו דאשתכח בב"ד או דאשתכח חוץ לב"ד רק איכא למימר כמ"ש הש"מ בב"מ בשם שיטה דודאי רבה מודה דממתני' דכל מעשה ב"ד אין הכרח כלל לומר דאשתכח בב"ד רק מסברא אית לי' דלא חיישינן רק בדאיכא תרתי לריעותא והא דנפק דק ואשכח היינו משום דלא כאמר שמא כתב ליתן ולא כתן יע"ש מ"ש בשם השיטה ולדבריו ע"כ מוכרח דגיטא דאשתכח בב"ד דר"ה מקויים הי' ולא ע"י השליח בא רק האשה תובעתו. ול"ב דר"ז הוכיח דלא כסברת רבה דבעי תרתי לריעותא ממתני' דבעי מכירו וס"ל סימנים דאו' ומוכח דבחדא לריעותא ג"כ לא יחזיר והכי ס"ל סוגיא דגיטין ולכך לא דייק מלשון כמלך וגם לא קאמר דפליגי בליסנא דמתני' אם משמע דאשתכח בב"ד דלכ"ע לא משמע כן אבל סוגיא דב"מ ס"ל דמאי דנפק רבה ודק היינו משום דהוה בעי למשכח לאפוקי מחששא דר"ה דהוה חיים לשני סוירי וע"כ רבה לא מסברה קאמר דבעינן תרתי לריעותא רק מדוקיא דמתני' ולכך קאמר דרבה ור"ז ע"כ בדוקיא דמתני' ולכך קאמר דרבה ור"ז ע"כ בדוקיא דמתני' פליגי ול"ל דרבה דייק ג"כ לשנא כמלך דאל"כ מנ"ל דבעינן תרתי דלמא דווקא בשמ"ל מחזירין אבל לא בהוחזקו וע"כ מיתורא דמתני' וכמ"ש הפ"י. מעתה אין

שכרח דאשה תבעה את הגט וזה שיכו פירושו של רש"י ומגיטין וצ"ע דו"ק:

תוס' ד"ה הא אמר תנו תימא מנ"ל כו' וכבר הבאנו לעיל קושיות המהרמ"ש ושתירץ דבכל ענין כיון שכפל יאמרו לקוחות איתי' ראי' ואמנם יתכן זה לדעת הסמ"ע בח"מ סי' ס"ה סעיף י"ג אבל לדעת הש"ך שם ס"ק ל"ה דאם מציא ראי' שהי' השטר בידו קודם הכפילה שוב גובה מזמן הכתוב בו כשטר זה כמובן ולדעת הפ"י שכ' דממון לא חיישי' לשני יב"ש ניחא ואולם מ"ש הפ"י דבזה מיושב קושי' הגליון בב"מ אם על הגליון שלפנינו קאמר לא ידעתי להולמו דהרי הגליון לא הקשה רק דאיט פשיטא דדלמא קמ"ל דלא חיישי' שאינו גט שאבד וזמנו קודם והטעם באמת משום דלא חיישינן בזמן לשני יב"ש אמנם קושי' מהרש"ל שם מיושב במישור כמובן:

בא"ד וא"ת מנ"ל אפי' לזמן מרובה כו' ואור"י וכו' ור"ז סבר דהא דקתני וכמלך אורחא דמלתא כו' ולא לדקדק הא אמר תנו וכו' ועיין מהרש"א דתוס' בב"מ כתבו בענין אחר ועל פי דבריהם בכאן מיושב קושי' התוס' בב"מ דף י"ט ע"ב ד"ה והא אידי ואידי ולפי דבריהם דדיוקא דכמלך במחלוקת שנוי דרבה דייק ור"ז לא דייק וקושי' רש"י ותוס' בב"מ שם ה"ד למאן דל"ל עדיו בחתומיו זכין דלמ"ד עבז"ל איכא למימר הא והא בברי' וכמבואר בב"מ בשם הראשונים וכ"כ המהרמ"ש והקושי' רק למאן דל"ל עבז"ל וע"ז תי' רש"י שפיר דלא דייק וכמלך והיינו כר"ז ולפ"ז רבה דדייק וכמלך ע"כ ס"ל עבז"ל וזה כדעת הרי"ף בב"מ בסוגי' דעבז"ל דגריס אמר רבה ש"מ איתא לדשמואל:

בא"ד ועוד אמר ר' דדייק כו' ור"ז לא מוקים לי' דמוניא דסיפא כו' איכא למימר דאית לי' לפמ"ש הריב"ש בתשובה דלכך לא תקנו זמן בשטר חלילה משום דבעל פירות אין לתקן כיון שהחלילה מתרת ולא השטר ומשום בת אחותו אין לתקן דאיכ' חייבת עד שתתקדש ותבעל דכתיב לא יהי' וכו' ויתכן זה לשמואל אבל לרב דס"ל אין קידושין תופסין ביבמה לשוק באמת יש בו זמן וא"כ מגילה מאוחר פסול משום בת אחותו ואפי' לדעת הר"י בגיטין דף י"ז ע"ה ד"ה ור"ל סברתו לא שייך בחלילה א"כ איכא למימר משטר חלילה אין ראי' לר"ז דהזמן מוכיח שנכתב בו ביום ועדיין לא עברה שייא מה שא"כ בגט אין הזמן ראי' דדלמא אחרוהו ודו"ק:

בד"ה הא אמר תנו הסכי בקופו וכי פריך לקמן מאי למימרא המ"ל כו' דעת התוס' כדעת הרשב"א אבל לפי מ"ש הרמב"ן וסיעתו דר"י ור"א ע"כ כל"ב דר"ז ס"ל דאל"כ לא הוה מדחקי לשנויי כאן בשאין השמ"ל אע"כ כר"ז ס"ל ולא מצי לשנויי שאין השמ"ל דא"כ מאי למימרא ופריך שפיר דאכתי מאי למימרא דאם אתי לאשמעוכן דלא חיישי' לשמא כתב וכו' ה"ל לאוקמא בלא שמ"ל ולא הוחזקו וק"ל:

ובגוף קושי' התוס' שהקשו דאמאי לא פריך על מתני' י"ל קלת דעל מתני' אין קושיא דדלמא לכך קאמר הטעם משום כתובים הי' דלא נהדר גם גט ארוסה דליכא למיחש לפירי ואפ"ה לא מהדרינן משום דחיישינן שמא לא כתבן עדיין אבל מברייתא פריך שפיר משום דמלבד דהתם בהדיא קתני יחזור לאשה ודוחק לאוקמי בארוסה דווקא מלבד זה לדעת רש"י א"א לומר כן דהרי פרש"י דהא דבסיפא לא יחזור לבעל משום הכתובה וארוסה לית לה כתובה לדעת הרי"ף והר"ס:

גם י"ל לפי מה שבארנו בסוגיא דנכתב ביום דהרשב"א לא גריס שם בב"מ הניחא למ"ד יש לבעל פירות עד שעת חתימה והוא הביא שם ראי' מדפריך קתם גמ' למ"ד יש לבעל פירות עד שעת כתיבה א"כ מוכח דהלכתא הכי. ולפענ"ד איכא למימר לפי מה שכתב הרשב"א שם בסוגיא דשמא פייס דהיינו דלמא ביטל את הגט ואע"ג דחזר ומגרש בו מ"מ לא הפסיד

הבעל פירות רק משעת כתיבה וא"כ קושית הגמ' בב"מ וליחוש שמא כתבו ליתן בניסן בין כך פייס וביטל את הגט דכיון דכפל אתרע וחיישי' לשמא פייס אף לאחר חתימה ולא כתן עד תשרי ולא חש תלמודן לפרושי משום דלמ"ד יש לבעל פירות עד הכתיבה אף מבלי ביטול הגט יש לחוש להכי אבל מ"מ קושי' הגמ' קשה למ"ד יש דבעל פירות עד החתימה:

ולפי"ז ממילא מיושב קושי' התוס' דממתני' לא קשיא רק למ"ד יש לבעל פירות עד שעת כתיבה אבל למ"ד דאין לבעל פירות משעת חתימה איכא למימר דה"כ קאמר דלכך אף אם אמר תנו אין כותבין משום דחיישי' שמא כתובין היו וכמלך שלא ליתכן ולזה כיון דכמלך וביטל הגט לא הפסיד הפירות עד שעת כתיבה ואתי למיטרף לקוחות שלא כדין ולכך קתני כמלך דווקא ודו"ק: ובדבריכו דלעיל מיושב מאי פריך בב"מ מברייתא דדלמא אתי כר"ש דס"ל כיון שכתן עיניו לגרשה שוב אין לה פירות. ולהכ"ל ניחא דאף לר"ש קשה דליחוש שמא פייס וביטל הגט:

תוס' ד"ה כאן במקום הד"מ כתב בשם הרא"ש דאם כתב שם העיר אין לחוש לשמ"ל דלא חיישי' לשני שוירי וכן הוא בש"מ פ' כל הגט ע"כ וכו' הב"ש בסי' קל"ב ס"ק ד' וז"ל ודבריו תמוהים דהא אוקמי' בסוגיא מה דקאמר רבה דלא חיישי' לשני שוירי משום דס"ל דדוקא בתרתי לריעותא אין מחזירין ובהוחזק ושכיח שיירות ולדידן דקי"ל בחדא לריעותא אין מחזירין חיישי' לשני שוירי אע"ג דלא הוחזק אם שכיח שיירות עכ"ל ואכי מגלאתי לשיטה מקובלת שכ' בשם תוספות שאנן דתירלו דאביי דחייש התם לתרי ילחק מוקי מתני' דכל שיש מעשה ב"ד הר"ז יחזיר בשבדקו כל העיר דלתרי ילחק בעיר אחת חיים אבל לשני שוירי לא חיים והקשו לעלמם דא"כ מאי קאמר דאי לא תימא הכי קשי' דרבה אדרבה דלמא לשני שוירא לא חיישי' ולשני יב"ש חיישי' אע"ג דלא הוחזקו. וי"ל דרבה ע"כ לא מפליג מדלא משני ההיא דאמר תנו כותבין בשבדקו כל העיר כולה עכ"ל כוונתם דאיהו ס"ל דאם הוחזקו לחוד מחזירין ה"ה או כ"ש בשיירות מלויות מעתה רבה דמשני כאן במקום שהשמ"ל וכאן במקום שאין השיירות מלויות לא ידענו אם משני אידי ואידי בהוחזקו וממילא ס"ל דבעינן תרתי לריעותא או אידי ואידי בלא הוחזקו וממילא כשהשמ"ל אע"ג דלא הוחזקו לשני שוירי חיישי' ע"כ דאל"כ אמאי לא מוקי הא דאמר תנו כותבין בשהשמ"ל ובדקו כל העיר והוה רבותא טפי ומאי דמוקי לה באין שמ"ל ולא הוחזקו ומדחזינן דרבה פשיט דלא חיישי' לשני שוירי אע"ג דשמ"ל א"כ שוב ליכא למימר דרבה ס"ל דהיכא דשמ"ל חיישי' לשני שוירי וא"כ ע"כ הא דמשני כאן במקום שהשמ"ל כאן במקום שאין השמ"ל הייכו אידי ואידי בהוחזקו ובעי לאשמעוכן הידוש דאפיי בהוחזקי מהדרי' כתי' התוס' וממילא מוכח דס"ל דבעי' תרתי לריעותא ובזה יש ליישב קלת הא דמסיים הד"מ כדאיתא בש"ס פ' כל הגט ולכאורה כהי דאין קושי' מש"ס מ"מ אין ראי' מכאן אמנם יש לומר דמסוגין מוכח סברא זו דבב"מ קאמר תלמודן דר"ז סבר דכל מעשה ב"ד הייכו דאשתכח אברא' ואמאי לא קאמר בסוגין דעיקר מסכתין מדיכי גט דבהא פליגי רבה ור"ז אע"כ דסוגין סובר דאפי' לר"ז איכא לאוקמי כל מעשה ב"ד דאשתכח בב"ד משום דאע"ג דחיים לשני יב"ש אפי' לא הוחזקו היכא דשמ"ל ס"ל דאיכא לאוקמי' דבדקו כל העיר ולשני שוירי לא חיים:

ע"ב גמ' וא"ד אע"ג דלא הוחזקו לא ליהדר ע' מה שכתבתי לעיל באופן השני ליישב קושי' הרשב"א עפ"י דברי מהרש"א שכ' דאם סברייתא מיירי בהוחזקו ע"כ הבעל כאמן ואמרתי דלשיטת רש"י דס"ל דעדים לריכים שיאמרו לבעל זה חתמנו א"כ ע"כ ס"ל דאין הבעל כאמן ואמנם כראה דה"ד למ"ד בעל שאמר גרשתי את אשתי אין כאמן וא"כ איכא למימר דל"ק סבירא ליה בעל שאמר גרשתי כאמן ואיכא למימר דמיירי בהוחזקו ול"ב ס"ל דבעל שאמר גרשתי אינו כאמן ושוב אמרנו דדברי מהרש"א אינו מוכרחים דאיכא למימר דלפי האמת

דברייתא מיירי לזמן מרובה מ"מ ר"י שפיר ברצינו ביד הבעל כמבואר לעיל. והנה יש לקיים תירוץ הנ"ל באופן זה דהרי יש להקשות לדעת הרהמ"ג דסמ"ל המיר מהוחזקו א"כ אי סבר ר"ז דבעינן סמ"ל והוחזקו. אמאי ברייתא באין עיירות מלוויות והוחזקו עדיפא מיני' הו"ל לאוקמי בסמ"ל ולא הוחזקו ואפ"ה יחזיר לדידי'. ונראה דע"כ לא קאמר הרהמ"ג דסמ"ל עדיף מהוחזקו רק אם רצינו הגט ביד השליח אזי אין ספק רק אם נאבד גם נאחר אזי יותר יש לחוש אם סמ"ל דאיכא רובא מהוחזקו. אבל אם לא ידענו שהי' הגט בידו כלל דבכה"ג בשליח באמת אינו כאמן אזי הוי רבותא טפי אם הוחזקו וסמכינן על אמירת הבעל אע"ג דאיכא עוד יב"ש אחר ולא ידענו אם נאבד כלל גט זה וממנו אפ"ה מהימנינן לבעל (והרי כתבנו דלדעת רש"י באמת למ"ד בעל שאמר גרשתי אינו נאמן אף כאן לא מהימנן הבעל) זה רבותא טפי מסמ"ל בלבד והא קמן דהתוס' לעיל סד"ה כאן במקום לא הקשו רק על הוחזקו ולפ"ז ניחא קושי' הרשב"א דבהא פליגי הכי תרי לישני דל"ק ס"ל בעל שאמר גרשתי נאמן וא"כ איכא למימר דר"ז ס"ל כרבה דמהי תיתי לאפושי פלוגתא והא דמוקי ברייתא באין סמ"ל והוחזקו ולא מוקי בלא החזוקו וסמ"ל דהוה רבותא טפי דז"א דאיכא למימר בלא רצינו בידו הוי רבותא טפי הוחזקו מסמ"ל אבל ל"ב ס"ל בעל שאמר גרשתי אינו א"כ אי הוה איירי ברייתא בהוחזקו ע"כ הוה מוקמינן לה ברצינו בידה והוה קשה על ר"ז למה לא מוקי ברייתא בסמ"ל ולא הוחזקו דהוי רבותא טפי אע"כ דפליג על רבה וזה נכון לפע"ד וכ"ז לדעת רש"י לקמן שכ' דבעינן שיעידו שמעולם לא חתמו אלא ליב"ש זה וא"ל דהיא גופא מנ"ל דהרי אמרנו דהא דלריך שיאמרו ליב"ש זה היינו אי בעל שאמר גרשתי אינו נאמן אבל למ"ד נאמן מנ"ל דאינו לריך זה ומגילא לדברינו הנ"ל לא יקשה קושי' מאי למימרא דהיא גופא קמ"ל דנאמן דזה אינו קושי' דכיון דקי"ל אינו נאמן רלה ליישב דברי ר"י לדינא וכמ"ש התוס' לעיל בד"ה הא אמר תנו השני בקופו:

סימן פט

בעזה"י בסוגי' הנ"ל בשם בן המחבר הרב מוהר"מ נ"י

הרמב"ם פרק י"ח מהל' גו"א פסק וז"ל מלא גיטי נשים בזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה אין הבעל מודה וכו' והשיג הראב"ד וז"ל א"א תמה אני היכי פסקא למילתא דהא ;עי' לאלהר אי מני שלא הוחזקו ב' יב"ש ומקום שהשיירות מלויות עכ"ל וכ"ל דהנה הרשב"א הקשה על הך לישנא דר"ז דס"ל דבעינן תרתי לטיבותא לא הוחזקו ולא שכיחא שיירתא דכיון דר"ז אמר בהך לישנא גופא דרבה מכ"ל דפליגי יעויין שם דהכתי תקשי במאי פליגי הכי תרי לישנא:

ונלפע"ד דהנה הש"מ בב"מ הקשה מאי הקשה ר"ז מברייתא דקתני בה בזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה דהרי איכא תרתי קפיקא להתירא ספק שמא כבר גירשה ויחזיר לה אפילו אינו שלה ואפילו לא גרשה כבר שמא זהו הגט שאבד והתגרש עתה בחזרה זו. והנה המהרמ"ש בגיטין הקשה גם כן קושיא זו ותירץ לדעת התוס' אין זה ספק שמא כבר גירשה דהא אין מאמינים בזה שאומר שכבר גירשה וכמ"ש התוס' בגיטין והנה הש"מ בתירץ השני תירץ דזה לא הוי ספק שמא גירשה דהעמד אשה בחזקת א"א והנה לכאורה זה תליא אם הך חששא דשני יוסף בן שמעון הוי חששא דאורייתא או לא דאם הוא חשש תורה אזי שפיר תירץ הש"מ דכיון דהאשה בחזקת אשת איש עומדת לא הוי ס"ס אמנם אם החשש דשני יב"ש אינו אלא חששא דרבנן ובחשש דרבנן לדעת כמה פוסקים דאף באתחזק איסורא אמרינן סד"ר להקל וא"כ הדרא הקושיא דהא הוי ס"ס ול"ל כתירוץ המהרמ"ש. והנה אי אמרינן דבעינן תרתי לטיבותא לא הוחזקו ולא ש"ש אז דווקא מחזירין או בדאיכא רק חדא לטיבותא מחזירין נראה לכאורה ג"כ אי הך חששא דשני יב"ש אם הוא חשש תורה או לא דאם הוא חשש תורה אזי אין החששא מסתלקת עד דאיכא תרתי לטיבתא. אמנם אם אין אלא רק חששא דרבנן אזי נראה מסברא כי גם בחדא לטיבותא מסתלק החשש והנה י"ל דבזה פליגי הכי תרי לישנא דהך לישנא דאמר דר"ז היינו דרבה ס"ל דבעל שאמר גרשתי את אשתי אינו נאמן אף דאיכא גט בידה ולא קשה קושית הש"מ דהרי לא הוי ס"ס ואם כן אין אנו לריכים לומר דהוה חשש תורה. אמנם הל"ב ס"ל דהבעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן ולכה"פ כשהגט בידה וכדברי התורת הייס. יעויין שם. ואם כן קשה מאי הקשה ר"ז מברייתא דהא הוי ס"ס וכ"ל כתירוץ הש"מ דהעמד אשה על חזקת אשת איש וע"כ דהוי חשש תורה ואם כן על כרחך פליגי אדרבה ודווקא לא הוחזקו ולא ש"ש אז מחזירין דחשש תורה אינו מסתלק רק בדאיכא תרתי לטיבותא:

עוד תירוץ הש"מ דבאיסור אשת איש אין הולכין אחר הרוב כמו במים שאין להם סוף וזה כדעת הפ"י בקו"א דחולק על חכמי הספרדיים המתירים גבי גירושין וגבי עגונה היכא דאיכא ס"ס והנה נראה דגם זה תליא אם החשש דשני יב"ש הוא חשש תורה או לא דאם הוא חשש תורה לא מהני ס"ס אמנם אם הוא חשש דרבנן מהני ס"ס וכמו דאיתא בתשובת האחרונים לענין סימנים והנה הנוב"י תניגא סי' ס' חידש דזה תליא אי סימנים דאורייתא או דרבנן. דאי אמרינן סימנים דאורייתא ולא חיישינן מהתורה דילמא אתרמי עוד אחד בסימנים כאלו ה"ה כמי לא חיישינן דלמא אתרמי עוד אחר בשם כזה אמנם אם סימנים דרבנן ומדאורייתא חיישינן דלמא אתרמי עוד אחד בסימנים כאלו הכא נמי חיישינן מדאורייתא דילמא איכא עוד אחר ששמו כשם הזה יעויין שם בסוף התשובה. והנה הגאון נוב"י הביא בתשובה הנ"ל בשם אחיו הגאון זל"ל כי גם הוא הקשה גבי גיטין שנאבדו דלחזור משום ס"ס יעויי"ש והנה הש"מ דלא הקשה רק על הברייתא דקתני בזמן שהבעל מודה ולא תיכף על המשנה וכ"ל דס"ל דבגט שנאבד לא שייך ס"ס ורק אם הבעל מודה בזה יש להקשות דיחזיר משום ס"ס וטעמא י"ל דבגט הנאבד מן השליח דהס"ס הוא שמא לא כתב יב"ש האחר גט כלל וא"ל כתב גט שמא לא נאבד כדאיתא בנוב"י יעויי"ש וא"כ אין הספק אחד מתיר יותר מחבירו והוי ע"ס אוכם חד דלא הוי ס"ס אמנם בהברייתא דקתני בזמן שהבעל מודה דהוי ס"ס שמא כבר גרשה הבעל ויוחזר לה הגט אף אם אינו שלה דהרי כבר היא מגורשת וא"ל דלא גירשה מכבר דילמא זהו הגט שלה ותהגרש עתה בקבלה זו דיש כמה עניכים להקל ולהחמיר בין אם היא מגורשת מכבר או כי עתה תתגרש והוי ס"ס. והנה ר"ז יש לומר דסובר סימנים דרבנן ואם כן החשש דשני יב"ש הוא חשש תורה וא"כ אין להתיר מכח ס"ס ולכך הקשה מהברייתא הגם דקתני בברייתא בזמן שהבעל מודה והוי ספק ספיקא מ"מ קשה אמאי יחזיר דבחשש תורה לא מהני ספק ספיקא ולכך הוצרך לתרץ תירוצו. אמנם הרמב"ם דלפי דעת הרבה אחרונים סובר סימנים דאורייתא (ויעויין באמרי אש לאאמ"ו הגאון זל"ל הכ"מ חא"ח סימן מ"ו) ורק גבי א"א אין סומכים על הסימנים והנה למאן דסובר סימנים דאורייתא זה החשש דשני יב"ש הוא דרבנן ואם כן היכא דאיכא ספק ספיקא מותר. ולכן פסק שפיר בזמן שהבעל מודה דיחזור לאשה משום דהוי ספק ספיקא. אמנם בשליח שאבד הגט דאין כאן ספק ספיקא וכמו שכתבנו ולכך פסק דבהוחזקו או ש"ש אין מחזירין:

והנה לפי הדברים האלו לריך לומר דאף אי החשש דשני יוסף בן שמעון הוא דרבנן מכל מקום לריך תרתי לטיבותא לסלק החשש ולא יתכנו הדברים אשר אמרנו ליישב קושית הרשב"א ונראה לומר עוד ביישוב קושית הרשב"א דהנה התוס' ד"ה הא הקשו אמאי לא פריך אמתניתין וניחוש שמא כתב ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי כדפריך אברייתא לקמן

בצ"נ ונ"ל לפמ"ש התורת גיטין לתרץ קושית הפנ"י דהקשה אמאי לא ניחוש שמא גט זה מוקדם לגט שלה ותצא לטרוף לקוחות שלא כדין ותירץ הגאון הנ"ל דמשום זה לא היינו יכולין להחזיר בהוחזקו שני יב"ש דהרי שני יב"ש בעיר אחת אינם יכולים להוציא שטר חוב על אחרים והנה לפי"ז לרבה אין קושיא דהרי הוא ס"ל דבלא שכיחא שיירתא לבד מחזירין ויכולין לומר דהמשנה איירי בהוחזקו ולא שכיחא שיירתא ואם כן אין חשש טריפת לקוחות ולר"ז דהמתניתין איירי לאלתר בוודאי יכולין לומר דמיירי בהוחזקו. אמנם קושית הגמ' הוא לל"ב דר"ז דהברייתא איירי בלא הוחזקו גם כן ושפיר הקשה הגמרא דיש חשש טריפת לקוחות. והנה התוס' הקשו לפי' קמא אמאי לא אמר ר"ז דהברייתא אתי להשמיענו למ"ד יש לבעל פירות עד שעת נתינה דלא חיישינן לשמא כתב ליתן בניסן וכו' ותירצו דאם איירי הברייתא לאלתר איירי גם בו ביום ובאותו יום אין חשש טריפת לקוחות וקשה לכאורה לפי מה שפירש רש"י דלכך אין מחזירין לבעל משום דיפסיד אותה הכתובה שיאמר דנתן לו הגט לראיה שפרע הכתובה והקשה המהרמ"ש דהרי כותבין גט לאיש אע"פ שאין אשתו עמו ותירץ דאם יקדים הזמן לא יחתמו העדים ואם יכתוב באותו יום יכירו עדי המסירה שאין זה הגט את"ד יעויין שם. והנה מזה מוכח לכאורה דלא מיירי בו ביום דאי מיירי בו ביום הדרא הקושיא לדוכתא דאמאי לא יחזיר להבעל דהרי כותבין גט לאיש אף על פי שאין אשתו עמו דהרי עדי חתימה יכתבו לו הגט בזמן אותו יום והעדי מסירה לא ידעו כיון שהזמן נכתב כמו שהיה בגט הראשון:

ויש לומר דבאמת מחמת זה פירש"י בצ"נ דלכך לא מוקי ר"ז הברייתא דמיירי דמצאו לאלתר דא"כ הו"ל לפלוגי בין מצאו לאלתר למצאו לזמן מרובה. והנה בגיטין פירש"י דלכך לא מוקי הברייתא במצאו לאלתר דא"כ פשיטא ולזה י"ל דרש"י בגיטין דפירש דא"כ פשיטא ולא יקשה קושית התוס' דלמא אתי להשמיענו דלא ניחוש שמא כתב ליתן בניסן די"ל דבאמת ר"ז סובר כמ"ד משעה שכתבו עיניו לגרשה אין לבעל פירות וכמו שתירצו התוס' בצ"נ. אמנם שם בצ"נ דהגמרא הקשה שם הקושי' על הך ברייתא ולפי מה שכתבנו הקושיא הוא לר"ז וא"כ רצה הגמרא לתרץ אף אם ר"ז סובר יש לבעל פירות עד שעת נתינה ואם כן אין לומר פשיטא דיקשה דלמא אתי להשמיענו דאין חוששין לשמא כתב כו' ולכך כתב רש"י דא"כ הו"ל לאפלוגי:

אמנם על תירוץ זה של רש"י דהו"ל לאפלוגי בדידה הקשה המהרמ"ש דא"כ לפי תירוץ ר"ז ג"כ יקשה דהו"ל לאפלוגי בדידה בין שיירות מצויות לשאין שיירות מצויות והנ"ל לפי שיטת הרמב"ן ביבמות גבי יצחק ריש גלותא דלכך אמר רבא דלא חיישינן לתרי יצחק משום דאמרינן כאן מצאה וכאן היה וכן גבי גט אם מצאה בהעיר שנכתב בה הגט אמרינן בכה"ג והקשה הפנ"י א"כ מאי מקשה ר"ז מתני' אברייתא דהרי במתני' קתני המציא גט דמיירי באבדו בדרך. אמנם בברייתא דקתני מצא בשוק דלמא מיירי במצאו במקום שנכתב. והנה לרמב"ן באמת צריך לומר דמצאו בשוק לאו דווקא אמנם דנאמר דמצאה דווקא במקום שלא נכתב זה וודאי אין לומר ודיינו אם נאמר דמצאה בין במקום שנכתב ובין במקום שלא נכתב. והנה לפי"ז יש לומר דלא מצי הברייתא לאפלוגי בין שיירות מצויות לאין שיירות מצויות דכיון דקתני מצאה בשוק ומיירי גם אם מצאה בשוק ומיירי גם אם מצאה במקום שנכתב ואם מצאה במקום שנכתב אף בשיירות מצויות מחזירין:

עוד יש לתרץ קושית המהרמ"ש הנ"ל דהנה התוס' בגיטין כתבו דהך סוגיא אתיא דלא כר"מ דלר"מ אינו יכול לגרשה אפילו הוא שלו כיון דהוחזקו ולא הוי מוכח מתוכו. הנה לפי דברי התוס' אלו דלמאן דבעי הוחזקו ושיירות מצויות ובחדא לטיבותא מחזירין וא"כ לר"מ דלא משכחת הוחזקו בכל ענין מחזירין דהרי שיירות מצויות לחודא לא הוי ריעותא והוחזקו לא משכחת לה דאם יש כאן שני יב"ש אין הגט כשר אף אם הוא שלו ואם הוא גט כשר על כרחך לא הוחזקו וא"כ קשה לכאורה להך ברייתא דתני איזהו לאלתר אחרים אומרים כדי לכתוב את הגט ואחרים היינו ר"מ (ועיין תוס' סוטה דף י"ב ד"ה אחרים) ואם כן לר"מ מאי נ"מ בין לאלתר או שלא לאלתר דממ"נ אם הוחזקו הרי אף אם מצאו לאלתר פסול דהרי אינו מוכח מתוכו ואם לא הוחזקו אף שלא לאלתר מחזירין דהרי שיירות מצויות לחודא אין ריעותא. והנה אם נאמר כדברי התוס' בצ"נ דכתבו וז"ל על מאי דאמר ר"ה חיישינן לשני סוירי וא"ת א"כ לר"ה היאך יגרש אדם את אשתו לר"מ דאינו מוכיח מתוכו כיון דחיישינן לשני סוירי וי"ל כיון דלא הוחזקו הוי שפיר מוכח מתוכו ומ"מ כשכפל חיישינן ואם כן לפי"ז י"ל לרבה ולל"ק דר"ז דבלא הוחזקו מהדרינן אף דס"ש היינו לדידן דלא בעי מוכח מתוכו. אמנם לר"מ דבעי מוכח מתוכו ואם כן כי לא הוחזקו הוי מוכח מתוכו והיינו דווקא כשלא כפל אמנם כשכפל ואתרע שוב לא הוי מוכח מתוכו והיינו כשכפל במקום דשיירות מצויות ואם כן לר' מאיר בשיירות מצויות לחודא אין מחזירין והיינו דכיון שכפל במקום שהשיירות מצויות ממילא לא הוי מוכח מתוכו ומיושב בזה קושית הראשונים שהקשו אמאי תירצו כאן בשיירות מצויות וכאן בשאין שיירות מצויות לשני כאן שהוחזקו וכאן שלא הוחזקו. ולזה יש לומר דאם המתניתין איידי בשהשיירות מצויית אזי גם לר"מ משכחת לה להאי דינא וכמ"ש אמנם אם המשנה איירי בהוחזקו אם כן מתניתין דלא כר"מ ויקשה האיך יפרש ר"מ המשנה מה דלא שייך אליביה כלל. והנה אם לא נאמר כקבלה הנ"ל י"ל דבאמת רבה ור"ז סוברים דגם לר"מ לא בעינן מוכח מתוכו וכדעת הר"ן ריש פרק כל הגט ואם כן אין קשיא כלל מאחרים ובזה י"ל דפליגי הני תרי לישנא דל"ק דר"ז סובר דלא בעינן מוכח מתוכו וא"כ לא קשיא מאחרים ולכך סובר בחדא לגריעותא מחזירין. אמנם ל"ב דר"ז י"ל דס"ל דבעינן מוכח מתוכו אליבא דר"מ וא"כ על כרחך בחדא לגריעותא גם כן אין מחזירין דהיינו או בהוחזקו או בשיירות מצויות וא"כ גם לר"מ אף דלא שייך הוחזקו מ"מ משכחת לה דאין מחזירין משום ריעותא דשיירות מצויות:

והנה אם נאמר דלכ"ע בעינן לר"מ מוכח מתוכו וסוגין דלא כר"מ וכדעת התוס' ואחרים ג"כ לא הוי ר"מ (ודלא כתוס' סוטה דאם יש הוכחה דר"מ לא ס"ל כאחרים אין נ"ל דאחרים הוי ר"מ) יתיישב קושית המהרמ"ש הנ"ל ויתיישב גם כן קושית השעה"מ שהקשה על הכ"מ דמפרש דברי הרמב"ם דלא מהדרינן במקום שהשיירות מצויות ומכ"ש היכא דהוחזקו והיה קשה להרמב"ם קושית הרשב"א אמאי לא משני ר"ז כאן שהוחזקו כאן שלא הוחזקו לכך מפרש הרמב"ם מתניתין לאלתר דמתניתין בשלא שהה אדם שם ובהוחזקו אבל לאלתר דלא עבר אדם שם אין מחזירין ולכך לא היה יכול לאוקמי מתניתין בשהוחזקו דאם כן לאלתר אמאי כשר והקשה השעה"מ דאכתי יקשה לל"ק דר"ז אמאי לא מתרץ כאן בשהוחזקו וכאן בשלא הוחזקו ונ"ל דהנה כבר התעורר המהרמ"ש ותירץ דלדעת התוס' דסוגין אתי דלא כר"מ ולכך לא תירצו דהמתניתין איירי בהוחזקו דאם כן אתי מתניתין דלא כר"מ וא"כ י"ל דר"ז בעי לאוקמי גם הברייתא אליבא דכ"ע. והנה אם מוקמינן באין שיירות מצויות א"כ לכ"ע מחזירין דלר"מ הרי לא שייך לדידיה הוחזקו ולרבנן אף דהוחזקו מכל מקום מחזירין דהרי אין שיירות מצויות וא"כ בהקושיא דעדיין לא ידענו שום חילוק רק בין לאלתר ובין לזמן מרובה ושפיר הקשה הגמרא דאין לומר דמיירי לאלתר דא"כ הו"ל לאפלוגי בין לאלתר ובין לזמן מרובה. אמנם בהתירוץ לא שייך להקשות דהו"ל לאפלוגי בין שיירות מצויות לאין שיירות מצויות דהרי רוצה לאוקמי הברייתא גם כר"מ ולר"מ בהוחזקו אין מחזירין ובשיירות מצויות לחודא לכ"ע מחזירין. ומיושב קושית המהרמ"ש וממילא מיושב גם כן קושית שעה"מ דאם יאמר דהברייתא איירי בלא הוחזקו ובהוחזקו

בידאי

בודאי לר"מ אין מחזירין א"כ הדרא הקושיא לדוכתא דליפלוג בדידה בין הוחזקו ללא הוחזקו:

עוד יש ליישב במאי פליגי הני תרי לישנא דהנה הרשב"א כתב דלישנא דרבה בעלמו הוקשה לל"ב דר"ז דאטו מי איכא טעמא משום דלתרי יב"ש לא חיישינן ואפילו הוחזק אחד במקום שאין השיירות מלוויות משום דלכפילא דיחיד לא חיישינן וכו' אלא הכל תלוי בכפילה דרבים וכל שכן כל שכמלא במקום שהשיירות מלוויות אנו חוששין ליב"ש טובא והקשה הרשב"א אם כן מאי טעמא דרבה ולפע"ד לייסב על פי דרכו דהנה הגאון בעל בית אפרים בתשובותיו הביא מחלוקת האחרונים אם יש להתיר גבי עגונה מלד קורבה דמוכח דעת הגאון נודע ביהודה ז"ל סובר דאין סומכים על היתר מלד קורבה דמוכח ובשם הגאון פנ"י ז"ל הביא דסומכין גם בעגונה היכא דאיכא קורבה דמוכח והנה האריך הגאון בית אפרים בתשובת אה"ע סימן ל"א דלמה לא כתיר כאן אם העיר הזאת הכתובה בגט היא קרובה ומעיר אחרת אין ידוע לנו למה ניחוש לרובא דעלמא כיון דידענו דבעיר הזאת נכתב הגט ולמה לא נתיר מלד קורבה דמוכח דעדיף מרובא שאינו מוכח · אמנם אם בעיר שאנו מסופקים עליה הוחזקו בה שני יב"ש. הנה הקורבה גם כן אינו מוכח וקורבה דאינו מוכח ורובא דאינו מוכח בוודאי רובא עדיף. ולזה י"ל כמו שתירץ הרשב"א ז"ל דאף דלכפילא דיחיד לא חיישינן מ"מ כיון דהוחזקו ואנו מואין שיש אחד ששמו כך אנו חוששין שיש אחרים הרבה ומהם נפל עכ"ל. והנה יש לנו לומר דאם אין בעיר זאת עוד אחר ששמו כך והוי קורבא דמוכח והרוב אינו מוכח ואין קפידא בשיירות מלוויות. אמנם אם הוחזקו והוי ג"כ קורבא דלא מוכח וממילא אזלינן בתר רובא דעלמא אם השיירות מלוויות. והנה בב"ב דף כ' אמר ר' חנינא רוב וקרוב הולכין אחר הרוב ומתקיף לה ר' זירא והיא העיר הקרובה אל החלל אף על גב דאיכא רובא דעלמא ומשני ביושבת בין ההרים · והנה הרמב"ם לא הביא הך דיושבת בין ההרים וכתבו האחרונים דהרמב"ם ס"ל דבקורב' דמוכח אזלינן בתר קורבא (ויעויין בפלתי סימן ס"ג שהאריך בזה) הנה ר"ז דהקשה לכאורה אינו מחלק בין קורבה דמוכח או לא אמנם אם ר"ז לא הקשה קושיא הסכים וליזול בתר רובא דעלמא י"ל דגם ר"ז מחלק בין קורבה דמוכח. דבאיכא אחריתא דכפישא מינה לא הוי קורבה דמוכח אמנם לגבי רובא דעלמא הוי קורבא דמוכח והנה יש לומר דבזה פליגי הני תרי לישנא דלישנא קמא דר' זירא סובר דר"ז אזיל בתר קורבה דמוכח ואם כן הייני דרבה די"ל הסברא שאמרנו כיון דאין בעיר מי ששמו כשם הנכתב בהגט ואם כן אף דס"ש מ"מ אזלינן בתר קורבה דהוי קורבה המוכח. אמנם אם הוחזקו דהוי קורבה דלא מוכח וממילא בשכיחא שיירות לא מהדרינן דאיכא מרובא דעלמא נפל אמנם ל"ב דר"ז י"ל דסובר דר"ז לא אזיל בתר קורבה כלל וא"כ אף דלא הוחזקו לא מהדרינן הכיון דשכיחא שיירות לא אזלינן בתר קורבא אף בקורבא דמוכח מ"מ רובא דעלמא עדיף:

והנה הך ברייתא דאיתא בזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה כתב הס"מ בשם הראב"ד דבוודאי איירי הכולא במקום שנכתב הגט. והנה בגט הבא על ידי שליח לא שייך כלל הך סברא דקורבא וא"כ לא קשה מתני' אברייתא דמתניתין איירי בגט הבא על ידי שליח ולכך לא יחזיר. אמנם הברייתא דאיירי שנמלא במקום שנכתב ולכך יחזיר משום דהוי קורבא דמוכח. אמנם ר' זירא יש לומר דסבירא ליה כמ"ש דלית ליה כלל דאזלינן בתר קורבא אפילו בקורבא דמוכח ולכך שפיר הקשה מתניתין וברייתא אהדדי. אמנם הרמב"ם דסובר דאזלינן בתר קורבה דמוכח. והנה לכך במלא גט אשה בשוק דבזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה אף דהוחזק ושיירות מלויית משום דאחרי דנמלא במקום שנכתב אם כן הוי קורבה דמוכח והך סברא דכיון דהוחזקו הוי קורבא דלא מוכח ל"ל וגם סברת הרשב"א לא סבירא ליה להרמב"ם ולכך אף בהוחזקו ושיירות מלוויות. מ"מ מחזירין כשנמלא בשוק בזמן שהבעל מודה. והנה אף דרומיא דמתניתין וברייתא לא קשה מ"מ רומיא דתרתי מתניתין קשה ופסק כל"ב דר"ז דבשליח המביא הגט דבהוחזקו או בשיירות מלוויות אין מחזירין:

סימן צ

ישאו הרים שלום. חיים וברכה עד עולם. לכבוד הרב הגאון המאור הגדול. מעוז ומגדול. חריף ובקי. זך ונקי. סיני ועוקר הרים. כודע בשערים.. כקש"ת מוהר"ר יחזקאל כ' אבד"ק או"ד:

באתי להשתעשע באמרותיו הטהורות במה שעמד בדברי הב"ש שכתב בסימן קכ"ו סעיף קטן י"א שלא מליכו חולק על דברי הטור וסיעתו דהרי הרמב"ם בפ"ג מהלכות יבום כתב דנאמן עד אחד לומר ניתן בן לבעלה להתירה לזר והתם משמע מהרמב"ם דמיירי ביבם ידוע והה"מ כתב דלדעתו אף בבעל אין הדין פשוט דאי אומר יש לי בנים אע"פ שמוחזק באחין נאמן. ואי כדברי הב"ש מה הקשה המ"מ הרי התם איירי במוחזק בלבד והרמב"ם ביבם ידוע ולכך הולרך רשב"א לטעמיה אע"כ דלא כדעת הב"ש. וכן מבואר להדיא בחידושי הרשב"א בקידושין דף ס"ד גם דברי המ"מ לא זכו בעיני חכמתו דמאי הקשה על הרשב"א דאף הבעל נאמן כו' דהרי בב"ב דף קל"ד מבואר הטעם הואיל ובידו לגרשה ואם כן בעד אחד דלא שייך ה"ט ואפ"ה נאמן וזהו כוונת הרשב"א דל"ד לבעל דלריך לטעמא הואיל ובידו לגרשה וכתב לחלק דבעד אחד דייק מה שאין כן בבעל כי לא ניחא ליה להרשב"א במה שבדחק הרמב"ן בחידושי בזה את"ד:

ואחר אחרון אני בא במ"ש להקשות על הרה"מ. הנה נראה שדברי הרשב"א לקחם הראב"ד מתשובתו אלף רכ"ב וכן הוא בחידושיו שכתב וז"ל ומה שהביא הראב"ד מהוחזק באחים ולא בבנים שאינו נאמן לומר יש לי בנים כו' כ"ל דטפי עדיף עד אחד בהא מבעל כו'. הנה משמע דלא קשיא להו ז"ל מהא דאינו נאמן לומר אין לי בנים אבל הא דקאמר מגו בסוגיא דב"ב לא קשיא ליה כלל. ולפענ"ד נראה דה"ט דלא קשיא ליה כקושית הרמב"ן אמאי לריך לטעמא דהואיל ובידו לגרשה דיש כ"מ גדולה בטעמא דמגו כי אף אם נאמר דעד אחד נאמן ביבמה כמו שנאמן לומר מת בעלה מ"מ הא לריכה ליטול רשות מב"ד ילדעת הרמ"א וב"ש לריכה דווקא היתר ב"ד וכן בהם עד אחד מכחישו דאז לא היה נאמן מה שאין כן אם הבעל אומר דיש לו בנים דנאמן מדאורייתא מלד מגו נראה דאינה לריכה היתר ב"ד וגם אין עד אחד יכול להכחישה מכ"ש אחרי אמירתו אם יבוא עד אחד ויכחישנו דלא יכול להכחישו לכך מפרש שואל טעמא דמתניתין משום מגו:

ולדעת החלקת מחוקק בסימן ע"ז דס"ל דעד אחד המעיד מת בעלה אין לריך ב"ד וקיים דיש תועלת אם נתקבל העדות בפני ב"ד לענין שלא יכול לחזור בו דאם נתקבל עדות חוץ לבית דין יכול לחזור בו והביא ראיה מתשובת הר"ן יעויין שם. והוא בסימן מ"ז שנסתפק שם הר"ן מתחילה דאולי כיון שא"ל לעדות מיתה שיעיד בב"ד אולי אף בחוץ לב"ד אמרינן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד או דלמא כל שלא העיד בב"ד יכול הוא לחזור להגיד אף על פי שמכחיש דבריו הראשונים לפי שאין אדם מדקדק בדבריו במה שאומר חוץ לב"ד והכריע הר"ן דיכול לחזור אף על פי שמכחיש דבריו הראשונים מאותה ששנינו בתוספתא דסנהדרין העדים שהעידו בין לטמא בין לטהר בין לאסור בין להתיר וכו' אם עד שלא נחקרה עדותן בב"ד אמרו מבודין אנו הרי אלו נאמנין כו' הרי שכללו כל מיני עדות אפילו אותן שאין לריכין ב"ד כדקתני בין לאסור בין להתיר אלו תורף דברי הר"ן:

והנה יש לעיין על דבריו מהא דאמר ר"י בב"ב דף קכ"ז אמר בני הוא וחזר ואמר עבדי הוא אין נאמן כו'

וחלופיה

והלופיה לבית המכס ופירש שם הרשב"ם. דכיון דאמר בני הוא והתורה האמינתו שוב אינו חוזר ומגיד והרי התם משמע דמיירי חוץ לב"ד ואפ"ה קאמר דאינו חוזר ומגיד ואולם שם פירש רש"י הטעם שאין אדם קורא לעבדו בנו ומפני חובה וכן בבית המכס יש סברא אלימתא דוודאי לא היה אומר עבדו ולשלם בעדו המכס שלא כדין. ואמנם הרשב"א שפירש הטעם מפני שאינו חוזר ומגיד כיון שהאמינתו תורה לא משמע כן רק דכיון שנאמן אינו חוזר ומגיד ומכ"ש לפי מה שהשיג הרמב"ן שם על מה שפירש הרשב"ם על הא שהיו מוחזקין בו שהוא בכור פי' בקלא בעלמא וכגון שאמרנו למעלה דהוה קרי ליה אבוה בוכרא וכתב הרמב"ן דאם היה אביו רגיל לומר שהוא בכור כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד מבואר בדבריו דאפילו חוץ לב"ד אינו חוזר ומגיד ובקידושין על הא דאמר שם לדעת רש"י דגם לע"כ אם אמר בשעת קידושין יש לי בנים או אין לי אחים ולא חזר בו נאמן. וכתב הרמב"ן במלחמות שלא מצינו בתלמוד נאמן ושיכול לחזור בו אלא כל שנאמן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ולדעת הר"ן מלבד דמצינו דלדידיה עד אחד נאמן באיסורין ופשוט דהיינו אפילו חוץ לב"ד ולפמ"ש הר"ן דפסיק ותני בין לאסור ובין להתיר אף גם זאת הא התם לא משמע דהוה אמירה זו בב"ד ואמאי לא יהיה יוכל לחזור (וכ"מ במסקנא דהרמב"ן לאו בב"ד מיירי ואפ"ה קאמר דאינו יכול לחזור) ומיהו מהך דהכרת בן אולי יש לדחות ולומר דדווקא בכל דבר דבעי עכ"פ הוראת חכם כהי שהעד נאמן אפילו חוץ לב"ד מ"מ כל עוד שלא אמר הדבר לפני הב"ד או החכם עביד איניש דמקרי ואמר אבל גבי בכור כל עיקר הדבר בהא תליא ומיד שאמר כי הוא הבכור זכה ואולם דברי הרמב"ן בקידושין אינם מסכימים לזה כמובן ועכ"פ אם כדברינו הוא הכא נכון הא דהאריך שמואל לומר ומפני שבידו לגרשה דס"ל דמלבד המגו הרי הוחזקה האשה בחזקת היתר שיש לו בנים. ונראה דמודה הר"ן שאין יכול להזור בו ולאסרה ולהסוברים דלא כשנויי דאביי בקידושין התם דווקא דסותר החזקה דמוחזק לן דאית ליה אחי והוא אומר בשעת קידושין דאין לו אחי אבל כשאינו סותר החזקה לגמרי דמוחזק באחי ואומר שיש לו בנים כגון זה נאמן וכיון דנאמן לו לשקר כעדים דמי הוחזקה אשה זו בחזקת היתר ושוב אינו יכול בדבריו האחרונים לסתור החזקה אבל אם לא היה מלבד מגו דבידו לגרשה רק מפני עדות העד בעצמו כיון שהוא יכול לחזור בו באמרו חוץ לב"ד שלא נתקבל עדותו עדיין הרי יכול לחזור בו ואם כן טובא אשמעינן שמואל במה דאמר דלכך זה בני נאמן ומפני שבידו לגרשה:

מכל שכן כאמור דהראב"ד והרשב"א והה"מ שלא הזכירו בדבריהם רק דאף הבעל אינו נאמן ואיך יהיה עד אחד דעלמא נאמן ולא הוקשו דלמה צריך טעמא דהואיל ובידו לגרשה היינו משום דלא קשיא להו כלל קושיא זו כאמור רק דעיקר קושית הראב"ד דאיך היה יפה כחו של עד דאין לו מגו מבעל דיש לו מגו ואינו נאמן ועל זה שפיר כתב המגיד דאף הבעל נאמן לומר דיש לו בנים ולק"מ קושית הראב"ד:

ואולם במה שכתב הב"ש דאין חילוק דאם יש עדים שיש לו אחין אינו נאמן לומר שיש לו בנים לכ"ע ולית מאן דפליג בזה וודאי דברי מעכת"ר נ' נכונים ולדוקים דהרשב"א בחידושיו בקידושין חולק בפירוש וכ"כ השעה"מ גם דברי המגיד פשוטים ומורים על זה וכמ"ש מעלתו רק דאולי היה דעת הב"ש לפמ"ש ליישב מה שהעתיק הטור דעת הרמב"ם ולקמן הביא דעת הרא"ש דאין עד אחד נאמן ביבמה וכן הב"י וד"מ הולכו להביא ראיה דהרא"ש חולק ומתשובותיו היינו משום דפה מיירי שהלך הוא ולרתת לנ"ה ולכך כיון דרובא מסייע לעד אחד נאמן דרוב נשים מתעברות ויולדות ואם כן אולי ייחס הב"ש גם להרא"ש סברא זו דמוקי לדברי הרמב"ם בהכי ואפ"ה תמה הראב"ד דמ"מ כיון דאין הבעל נאמן נגד חזקה לחודא אף שיש לו מגו איך יהיה עד אחד נאמן שאין לו מגו ויש את ידוע עפ"י הרוב ועל זה כתב הה"מ את דבריו כן יתכן לפרש דברי הב"ש אחרי שהיה לפניו דברי המגיד ודיבר בו בש"ק שהוא ואולם האמת יראה כפי מ"ש מעכ"ת:

ואני מסתפק עוד במה שסתמו ולא חלקו דהטור כתב סתם דאם יש עדים שיש לו אחים אינו נאמן לומר יש לי בנים וכתב הב"י שדקדק כן מדברי הרשב"ם ומשמע דאפילו לומר זה בני אינו נאמן. והנה וודאי לדעת הרשב"ם שכתב שם בד"ה ליורשו פשיטא דאין האב נאמן מכח הכיר רק על בן בין הבנים לומר שהוא בכור ולא על מי שאינו מוחזק כלל בבנו אינו נאמן אבל לפי מש"כ הרא"ש והטור בח"מ סימן רע"ט דאף באינו מוחזק כלל בבנו נאמן וכתב הסמ"ע בחד לד דאף זה ילפינן מיכיר ואם כן כיון שהאמינו תורה את האב לומר שהוא בנו אפילו לעומת החזקה לדידן דקיי"ל כר"י אם כן אמאי לא יהיה נאמן גם כן לפטור את אשתו ע"י כן והתשב"ץ חלק ג' סימן ק"ב כתב דאם האב אומר על זרעו שהוא ממזר מאילא אשתו זקוקה ליבם ומשמע מדבריו שמתיבמת שכתב שכיון שהתרנו לאו דממזרות על פיו ה"ה שמותר איסור אשת אח אף על גב דהיא בכרת דכל בדאורייתא מ"ל איסור לאו או איסור כרת ולדבריו כ"ש שראוי שיהיה נאמן לומר זה בני לפטור דהוא ג"כ איסור לאו בלבד והא דהוצרך שמואל לומר דלכך נאמן הואיל ובידו לגרשה היינו משום דאזיל לטעמא דמספקא ליה אי הלכה כר"י או כרבנן דאינו נאמן לומר זה בני לסתור החזקה וקאמר דלכך נאמן משום הואיל כו' אבל לדידן דקי"ל כר"י לכאורה בלא"ה נאמן וראוי להאמינו אפילו היכא דמוחזק לן דלית ליה בנים ואינו דומה לאומר יש לו בנים ולא קאמר אלו הם דהאי וודאי ליכא למילף מיכיר אבל זה בני צ"ע אמאי לא יהיה נאמן ודברי הלבוש באה"ע סימן קנ"ו סעיף ו' צ"ע יע"ש:

דברי ידידו דש"ת הקטן מאיר א"ש:

סימן צא

בעזרת הש"י יום ב' ג' שבט תר"א לפ"ק:

ישאו הרים שלום. חיים וברכה עד עולם. לכבוד הרבנים המופלאים חריפים ובקיאים מפז ומסולאים תמימי דעים. חכמה וענוה בלבותם יחד מתרועעים. שבתם יחד מה טוב ומה נעים. הנה הנם היקרים. מוהר"ר אנשיל כ"ץ נ"י ומוה' יואל סג"ל נ"י ומוה' משה ווינדען נ"י דיינא דק"ק מ"ד:

מחמדי לב ועין. הגיעני נועם מכתבכם. ואבין בנועם אמרותיכם. וארא כי כל יקר ראתה עיניכם. ולמלאות רצון חכמי לב ויראי ד' כי"ב אשתעשע באמרותיכם ומדברכם כאות ה' יאיר עינינו בחסדו בתוה"ק ולא נכשל בדבר ה' לעולם:

נשאתם ונתתם באמונה והשכל בדבר האחים אשר אחד מהם שבק לנו חיים והניח אשתו מעוברת וילדה לתשעה ויחי הילד כרבע שעה ויגוע אח"כ (ולפי דעת הרופא אפשר שהיה מפני שלא נקשר הטבור כגוע) ושני אחים הנשארים אחד מהם קטן והשני משודך ונקשר עם אחות האלמנה הזקוקה וחקרתם אם יש להתיר לכנוס את משודכתו. והנה העירותם במיסור מל מ"ש המרדכי בשם ר"ג לאסור אחות ספק חליצתו והביא ראיה ומצינו לפעמים החמירו בספק דרבנן י ואמאי לא הביא ממתניתין דיבמות דף כ"ג ע"ב במי שקידש אחת מב' אחיות דמוכח שם דאפילו בדיעבד יוצא וכמ"ש הב"ח שם וכ"ש לכתחלה. ותירצו דבמתניתין ליכא חזקת היתר מה שאין כן בעובדא דמרדכי איכא חזקת היתר. והקשה הרב מהר"א נ"י דאיכא לאוקמי להבעל בחזקת חי לפ"ד הגאון בעל ט"ז. ותירץ מעכ"ת נ"י דהרי מת לפנינו. וכדברי ט"ז והנה ידעתם כי רבו החולקים על הט"ז ובפרט בנהרג שכתב הט"ז גם כן לומר חזקת חי וכדמוכח מן הראיות שם שהביא וודאי תמוה וכמ"ש הנודע ביהודה דבשלמא על מיתה בידי שמים שייך

לומר דאין זה חזקה גמורה דאשר היא סוף כל האדם אבל בנהרג לא שייך לומר כן. ובעובדא דמרדכי נהרג הבעל אבל יש לקיים דבריהם ולומר דעובדא דמרדכי כיון דלא נודע איזה מהם מת תחלה מאי חזית ליתן חזקת חיים לבעל ולא לבן. ואם איתא לדברי הגאון בעל ע"ז הוא רק בידוע הזמן שמת הולד ואינו ידוע הזמן שמת הבעל ואנו דנין הזמן שמת בו הבעל שייך לומר העמידנו בחזקת חי באותה שאנו דנין עליו אבל אם אינו ידוע זמן שמת הולד כמו שהוא במרדכי שמת ביום א' ואינו יודע מי מהן מת תחלה (ואם נאמר כהע"ז במת ולא בנהרג אזי אף באינו יודע היה לבעל חזקת חיים ולא לולד אף בא"י) אין כאן חזקת חיים להבעל יותר מן הולד ושפיר שייך לומר אוקי חזקת היתר לשוק ואולי דעת מעלתכם ני' דהולד כיון שמת בעיר בין ישראל בין המתים ידוע הזמן שמת בו ושפיר איכא למימר דאוקי להבעל בחזקת חי אי לאו סברת הע"ז אבל אין זה מוכרח בדברי המרדכי:

ואולם אם עיקר הספק היה שם מפני חזקת היתר ולכך הוצרך שם ר"מ ב"ב להביא ממרחק לחמו א"כ ראויה היה שבכל הראיות שהביא המרדכי יהיה באופן שיש חזקת היתר ואפ"ה החמירו חכמים ולא נמצא כן בכולם ובפרט בראיה שהביא מדאין טובלין בין השמשות ע"ע דהוא דרבנן והחמירו בספיקא. והרי בין השמשות לא איתחזיק היתירא כדמוכח מדברי הר"ן בביצה ריש פרק המביא גבי תוס' יוה"כ בערב יו"כ שכתב דמה שצוה הש"י על תוס' יוה"כ הוא מלבד מה שנזהר בו מן הספק. דאם לא כן לא הוצרכנו לאזהרה. וקיים וזה ע"ד מי שסובר דסד"א לחומרא מן התורה. ואם היה חזקת היתר. אם כן כ"ע מודו דלקולא עכ"פ מן התורה וכמ"ש הר"ן בעצמו ריש פרק קמא דקידושין והוא מבואר מאליו וביותר בסוגיא דתוס' יוה"כ כתב הר"ן ז"ל דבין השמשות חייב אשם תלוי והעושה מלאכה בו ואפילו למאי דכתבו התוס' בכריתות דף י"ז ע"ב ד"ה מדסיפא. דכתבו דמשכחת לה שתי חתיכות בבי"הש שעשה מלאכה בבין השמשות קרוב למ"ש דאיקבע איסורא כל היום משמע מדבריהם בע"ש איקבע היתירא. מ"מ יש הפרש רב בין איקבע לחזקה. ואע"ג דבערב שבת לדברי התוספות לא מיקרי איקבע איסורא ולכאורה איקבע היתירא מקרי מ"מ לא מקרי חזקה. דאם היה מקרי חזקה ממש היה ראוי לחייב במ"ש חטאת כיון דאיקבע איסורא חייב חטאת כמבואר וכמ"ש התוס' בכתובות בסוגיא דתרי ותרי על הא דאמרו התוס' באשם תלוי הקשה תוס' דבחטאת קאי כיון דאיכא חזקת א"א אלא ברור דאין בבין השמשות חזקה להתירא בע"ש ולא לאיסור במ"ש. ולכאורה פשוט הוא דאיזה חזקה שיהיה יום לעולם ובוודאי גרע מעבור להשתנות. כי בוודאי ישתנה. והאחרונים דברו בזה ואין העת מסכים לעיין בדבריהם והעולה מדברי התוס' והר"ן הוא כמ"ש ואם כן אדמייתי המרדכי מטבילת כלים היה לו להביא ממתניתין דשתי אחיות דדמי ליה יותר גם בספק מוכן אין כאן ספק להיתר לכאורה מיהו בראיה זו בלא"ה יש לתמוה דהרי דבר שיש לו מתירין וודאי אסור בספק גם כן וכדר' אשי בפרק קמא דביצה אבל כבר תמהו כיוצא בזה על הרשב"א בהלכות יו"ט ואולי דאסור לרבנן אפילו לקבלם מן הנכרי ולטלטלם דזה עיקר מחלוקת ר"ג וחכמים שם לרב. וזה לא מיקרי דשיל"מ לדעתו ז"ל ואין כאן מקומו:

ויתכן דאם נאמר דהיה ידוע עת מיתת הולד בהך עובדא דמרדכי ואז אוקי חזקה להדי חזקה להבעל חזקת חיים ולאשה חזקת היתר לשוק נמצא הספק שקול על הא דלא הביאו ראיה ממתניתין דארבע אחיות לפמ"ש הש"ך בכללי ס"ס דעת הרשב"א לפסוק כר' יוסי דבאתחזק איסורא אף בדבריהם לחומרא דלפ"ז אם נתערב חד בחד אסור לר"י אפי' מדרבנן ואפילו נאבד אחד מהן הנשאר אסור וכ"כ השעה"מ בהלכות מקואות והחזיק כל דברי הש"ך הן במ"ש לפסוק כר"י וכתב דהרמב"ם יחידאי הוא במ"ש כר"מ. והן במ"ש בכה"ג דשתי חתיכות שנתערבו ונאבד אחד דהנשאר אסור לר"י וא"כ בקידש אחת משתי אחיות ומת הרי אחת אסורה בבירור משום אחות זקוקתו וממילא שתיהן אסורות ואפילו אחר שחלץ לאחת מ"מ השניה אסורה משום דאיקבע איסורא מעיקרא כמו בשתי חתיכות ונאבדה אחת מהן ולא מבעיא לדעת רש"י דמחזיקין מאיסור לאיסור ודאי כן הוא אלא אפילו לדעת התוס' וסייעתיה דס"ל דאין מחזיקין מאיסור לאיסור מ"מ אחות זקוקתו ואחות חלוצתו תרוויי' משום אחות אשתו נאסרה דאחות אשתו אסורה בין כשהיא תחתיו ובין שנתגרשה. ולכך חד שמא הוי ואיכא למימר דמחזיקין וא"כ אין ראיה משם לספק שקול. ולכך הוצרך לשם על עובדא דשם דאין כאן חזקה להביא ממקומות אחרים ואם יש במקצת מקומות חזקת היתר ואפ"ה החמירו כ"ש שהוסיף להחמיר בספק שקול. ולפ"ז לא היה לנו ראיה מדברי המרדכי בפי' להחמיר היכא דאיכא חזקת היתר באחות חלוצתו מספק רק דיוק קצת מד"מ שם בדאורייתא לספק דרבנן ובהנך ראיות שהביא בס"ש יש מהן דאיכא חזקת היתר אבל מ"מ נראה דאמת הוא דספק אחות חלוצתו וזקוקתו אפילו היכא דאיכא חזקת היתר לא שרינן מלבד דסתמות לשון רמ"א בסי' קכ"ט הכי משמע דבכל ספק אסור עוד הרי בסימן קע"ג סעיף ג' העתיקו הטור והש"ע דברי הרמב"ם ובמה שהוא ספק ערוה על הבעל או ספק ערוה על היבם הרי זה חולצת ולא מתייבמת. לפיכך מי שקידש אשה בספק קידושין ואח"כ מת אחיו שהיה נשוי אחותו וכו' ארוסתו אסורה מפני שהוא ספק קרובת חלוצתו והנה בזה מיקרי איתחזיק איסורא כמובן:

ואולם בזה שכתב הרמב"ם או ספק ערוה על הבעל תמה הטור דהרי ממ"נ מותרת ליבם והב"י פי' דמיירי שהוא ספק ערוה על שניהן על היבם ועל הבעל ומחק א"ו והב"ש תמה על זה דא"כ למאי נ"מ נקיט כלל שהוא ספק ערוה על הבעל כיון שהוא ספק ערוה על היבם לכן פי' הב"ש דמיירי בספק ערוה על הבעל דומיא דיבם דמפרש התם והיינו שהבעל קידש אחת ספק קידושין ואח"כ נשא אחותה ואם מת היבם אסור בשתיהן משום דאסור לייבם הנשואה דלמא הראשונה קידושיה קידושין והוי אחות זקוקתו מספק והרי בכה"ג כיון דקידש את הראשונה קידושי ספק מדאוריי' מוקמינן לה בחזקת פנויה כדמוכח סוגיא דיבמות דף ל"א ואפ"ה אחותה אסורה ליבם מטעם אחות זקוקתו. ומוכרח דאפילו איכא חזקת היתר אסור אחות זקוקתו. וגם לפירוש הב"י בדברי הרמב"ם דמיירי שהיא ספק ערוה על היבם ועל הבעל (ומשכחת לה שנשא אביהם אשה בתוך שלשה חדשים למיתת בעלה וילדה לז' בת והיא ספק בת ט' לראשון או בת ז' לאחרון והיה לה גם בת מאיש אחר ונשאה אחד מן האחים והשני קידש את הספקה ומת ונמצאת ספק ערוה על הבעל ועל היבם) גם בזה ראוי לומר העמידנה לספקה זו על חזקת פנויה ואין קידושי אחות הספק תופסין בה מספק (ויעויין בכ"מ פרק י' מהלכות גירושין ובפ"ח בכללי הספקות בראשיתן ומ"ש המגיד במל"מ בפרק ט' מהלכות א"ב) ואפ"ה אסורה אשתו עליו משום ספק אחות זקוקתו ואף על גב דאיכא חזקת היתר ובזה יש ליישב קושית הב"ש על פירוש הב"י בדברי הרמב"ם דלמאי נקט ספק ערוה על הבעל כיון דהיא ספק ערוה על היבם ולהנ"ל אשמעינן רבותא בכה"ג דאיכא חזקת היתר אפ"ה אסורה אשתו עליו משום ספק אחות זקוקתו או חלוצתו מה שאין נשמע מספק ערוה על היבם בגוונא דצייר הרמב"ם שהיבם קידש אשה בספק קידושין ואחיו נשא אחותה ומת בדין שתהיה אסורה עליו דמדאורייתא מותר לייבם את היבמה אחותה דהעמד זו שקידש בחזקת פנויה. והרמב"ם בפ"י מהלכות א"ב הלכה ז' כתב כהן שנשא ספק חלוצה אין מוציאין אותה מתחתיו והיא כשרה וולדה כשר וכתב הה"מ שם דלמד דין זה מסוגיא דיבמות דאמרו ספק חלוצה לא גזרו רבנן ול"ע דמסוגיא זו לא מוכח רק היכא דאם קדמו וכנסו דאין מוציאין אזי אין מוציאין אפילו הן כהנים אבל היכא דמוציאין כמו בקידש אחת משתי אחיות ומת ולו אח אחד דחולץ לשתיהן ואם חולץ אחת וכנס אחת מוציאין אין לנו וצריך לומר דדוקא לענין אחות חלוצתו וזקוקתו שייך לחלק בין אח אחד לשנים ומטעם שכתב

כמוקי יוסף אבל לענין כהונה אין לחלק ולאסור את אחד יותר מן שנים ח"פ. ואולם בגווני דלעיל היכא דהיא ספק ערוה לבעל בלבד דהיינו שקידם היבם אשה בספק קידושין ונפלה לפניו אחותה ליבם הרי מדאורייתא איכה מקודשת וצריכה חליצה מדין תורה מכין לנו דכה"ג אין מוליאין מן כהן דעלמא שנשאה לאחר חליצה. וזה כלפע"ד דעת הטור בסימן ז' שכתב דבספק חליצה הוולד ספק חלל ותמהו עליו והמל"מ ונחקו מן הספרים. ורמ"א בסימן ז' סעיף כ' פסק כן והב"ש חילק בשם הב"ח בין זכות לנשואין ולהנ"ל יתכן דהטור מיירי בספק חליצה דאתחזק וכראה דהרמב"ם לשיטתו שפ' כר"מ דבדרבנן אפילו באתחזק אזלינן לקולא בספק ולכך לא שני הכי ג"כ ופסק דספק חליצה אין מוליאין. והיא וולדה כשר אבל הטור פ' כר"י וכדעת התוס' והרא"ש וכמ"ש השעה"מ בהלכות מקוואות ולכן כתב בספק חליצה דוולד ספק חלל וה"ה דמוליאין דאם לא היה מוליאין היה הוולד כשר וכמ"ש המל"מ שם דלא מלינן ביאה מותרת וולד פסול והא דסתם הטור היינו משום דנייתי התוס' ספק גרושה דמסתמא היתה בחזקת אשת איש רק שאירע ספק בגט וה"ה ספק חליצתו מיירי בכה"ג דאתחזק :

ואחרי כי מוכח דספק אחות חליצתו אסורה אף על גב דאיכא חזקה להתירא וכדמוכח לפי' הב"י והב"ש בהך דספק ערוה להבעל שכתב הרמב"ם אם כן זה שאמרתם דיתכן דלא גזרו חז"ל על אחות זקוקתו רק בגוונא דאם היתה אחות אשתו אסורה מדאורייתא מה שאין כן בכידון זה דאף באחות אשתו כה"ג דאיכא רוב לא הוי רק איסור דרבנן הרי מעכת"ר רואים דליתא דהא אם קידם אשה בספק מדאורייתא מותר באחותה ואפ"ה אם קידם אחת מן האחיות בספק ואחיו כשא אחותה ומת בעל הספק אשתו אסורה עליו משום אחות זקוקתו בספק וכן הוא לפירש הב"י והספק הוא מתחלתו ולפי הליור שכתבנו למעלה הספק מן הלידה וליכא לברורי ואפ"ה אסור באשתו מספק ולא כשאר רק לומר דחז"ל לא אסרו רק בחזקת היתר ולא היכא דאיכא רובא דעדיף ומי ימלא לבו ולסמוך על זה אחרי דגם בחזקה מדאורייתא מותר ואפ"ה אסרו בספק מפני חומר ערוה ואע"ג דגבי ספק טומאה ברה"י והיכא דאיכא רוב גם ברה"י טהור כדמוכח מהך דתשעה לפרדעים כו' ומשמע בנדה דף י"ח דאפילו ברובא דליתא קמן דיכא הכי מ"מ איכ' ענין לזה שגזרו חז"ל דגבי טומאה איכא למימר מת דגלי גלי והיינו בחזקה ולא ברוב אבל בגזרת חז"ל אשר התמירו לאסור מה דמותר מדיכא אין לנו להלק מעלמנו אם לא תלקו הם בפירוש ועיין בפרק י"א מהלכות מעשר הלכה י"ג ובכ"מ שם :

והתוספות ביבמות והרא"ש שם ריש פרק החולץ כתבו דה"ע דהחמירו לחוש כאן למיעוט משום דהוי מיעוט המצוי לכך אסרו ביבמה וכן בבהמה אבל תוספות בחולין דף י"ב כתבו משום שלא יבואו להכריכה חליצה במת תוך שלשים ולא רצו לסמוך על הרוב ולהתירה וכתבו שלא יאמרו העולם שפיהק ומת ויבאו לידי קלקול ולכך גם לענין אבילות פטור שלא יבא להקל בערוה כו' ואסרו ג"כ בבהמה דגזרו בתמה אטו אדם דאי לא הא לא קיימו הא הרי לדעתם שם בחולין היה ראוי להתיר בבהמה ואפ"ה גזרו גזירה לגזירה וכו' לכאורה שאין להתיר אחותה דקרוב לטעות יותר והנה לדעת הגאונים דסברי אבילות דיום ראשון דאורייתא ולדעתם תימה כיון דרובן וולד מעליא ילדן אמאי פטרו מאבילות דאורייתא כיון דרובא ד"ת כודאי דמי וזה נראה דעת הרמ"ה שהביא הטור דאם קדם ויבם אין מוליאין ג"כ ותמה הטור עליו ולכאורה נראה שהכריח דמדאורייתא יש ספק ולכך פטרו מאבילות ולא אמרו באשת כהן דאיכה חוללת ונאסרת תחתיו משום דמלי למימר קים לי כרשב"ג וה"ה להיפך ומלי למימר קים לי כרבנן וכמ"ש הב"ח לדעתו ז"ל אבל דעת כל הפוסקים איכו כן וכן הרמב"ם כתב דהוא רק מדרבנן להצריכה חליצה ואפ"ה משמע דלדעתו אפילו ביום הראשון איכו מתאבל וכ"כ התוס' בערובין דף מ"ו ע"א ד"ה דאמר שמואל וכ"כ בבכורות וכ"כ בתג"א בערובין שם

והדבר תמוה מ"ע להקל בדאורייתא היכא דאיכא רוב. ואולם לדברי התוס' בחולין הקילו חז"ל ועקרו דבר מן התורה בשב ואל תעשה כדי להעמיד דבריהם לענין חליצה וזה כוונתם שם בחולין דאלמוה רבנן להך גזירה טובא :

והרמב"ן בתורת אדם כתב דבר חדש לתרץ קושיא זו דאם יום ראשון דאורייתא למה הקילו בנפלים וכתב תחלה דלא מפני ספק של דבריהם הקלו בה אלא מפני שאין לבו של אדם עליו ולא מקיים ביה ואחריתו כיום מר וכתב עוד ותניא בסיפא יכול בבנו ובתו הנפלים ת"ל לאמו ולאביו מה הן בני קיימים ילאו בנו ובתו הנפלים ומינה לגמרי מיעטה רחמנה מה אביו ואמו בני קיימא ילאו נפלים ואין הולכים בהם אחר הרוב דנפלים לאו משום ספיקא מיעט רחמנא דהא בנו ובתו וודאי הן אלא גזה"כ הוא שלא יתאבלו לנפלים ולמדו חז"ל אבלות מטומאה והאריך עוד ליישב הא דאמרינן לה יטמא ואיכו מטמא על הספק וכתב דהתם היינו משום דאין ספק עשה דוחה לא תעשה אבל נפלים לאו משום ספק מיעוטין דבנו ובתו ודאי הן וכתב עוד דלה יטמא אסמכתא הוא דאין ספק מלוה מוליא מידי וודאי איסור. ולכאורה צ"ל דהא הרמב"ן ז"ל סובר דספק דאורייתא לקולא מה"ת כמ"ש הר"ן בקידושין והרשב"א בת"ה בשמו וא"כ אמאי כימא דמיעט רחמנא היכא דאיכא רוב דהוי כוודאי למיתה ולכל עניכים ובטומאה גופא מרבי אביו חזקה דלמא לא ממעט רק היכא דליכא רוב ומ"ש דלאו משום ספק מיעטנהו רחמנא דבנו ובתו וודאי הן איכו מובן דאכתי מכין לנו לממעט היכא דאיכא רוב דלמא דווקא בספק כפל אתי קרא לממעט ואפילו וודאי כפל לריך קרא מה"ע גופא דאף ע"ג דבנו ובתו וודאי הן. אבל היכא דאיכא רוב מנ"ל ואולי ס"ל כיון דעכ"פ אפילו בספק איכו חייב לטמא לקבורתו מה"ע גופא דספיקא לקולא מן התורה וכיון שכן אסור לטמאות דלא התירה תורה טומאה רק היכא דאיכא מלוה עליה ולא בספק והייכו שכתב אח"כ דאין ספק מלוה דוחה וודאי איסור ועדיין צ"ע ולדבריו יתכן דלכך התמירו חז"ל גם בשאר דברים לענין חליצה ושחיטה ולא סמכי לגמרי על הרוב משום דמלאכו להם מקום שהתורה לא עשאו לרוב זה כוודאי ועכ"פ לא עדיף מחזקה והייכו דאמריכן כמי באשה שהלך בעלה וצרתה למדה"י כפ"ד הרי"ף והרמב"ם גם לדידן סמוך מיעוטא לחזקה משום דרוב בני קיימא עכ"פ לא אלים כוודאי דהרי לענין טומאה מרבינן אביו חזקה ומעטינן כל שאיכו בן קיימא וודאי אף על גב דאיכא רוב ומינה לנידון שלנו דאין ליפות רוב דלאו כפלים יותר מחזקה לדעת הרמב"ן ז"ל :

ומעב"ת כי' כתבו דגם להרמב"ן שכתב דטעם שהחמירו חז"ל בספק אחות חליצה וזקוקה מפני הפרסום ומעשה רב שכעשה בב"ד אפ"ה יש להתיר כאן דכיון דמדאוריי' א"ל כלום ל"ש שיהוי מלוה לא משהינן ואחות זקוקתו איכו אסור רק היכא דלריך חליצה מד"ת שייך שיהוי מלוה לא משהינן אבל כאן דלמא לא תבוא לידי חליצה לעולם. הכה כבר כתבתי דלפענ"ד כראה מדברי הפוסקים דאפילו היכא דיש חזקת היתר אפ"ה אסור ספק אחות זקוקתו ומלבד זה הכה מהר"א ששון בתשובה סימן כ"ז כשאל על מי שילדה וולד שגמרו שערו ולפרכיו ומת בתוך שלשים. והשיב דלריכה חליצה וכיון דאסורה לייבם כופין אותו לחלוץ והביא מדבר כ"י בפ' מ"ח על עובדא דר"ת ומדברי הה"מ בפ"ג בשם הרשב"א דכל היכא דאסורה לייבם כופין אותו לחלוץ. ומבואר דס"ל להרא"ש דטעמא לאו משום דשיהוי מלוה לא משהינן בלבד רק משום עיגון כופין אותו ולדעת הרשב"א כופין בשוטים. ולכאורה היה א"ל דדוקא באיטו רולה לחלוץ כלל דתתעגן לעולם. אבל אם תלה בקטן עד שיגדל לא כייפינן ליה. ויש קלת ראיה מדאמריכן בגמרא דתלה בקטן עד שיגדל משמע דשיהוי מלוה לא משהינן ולא קאמר משום עיגונא ומיהו הכמוקי יוסף הוסיף על דברי רש"י במתכיתין שכתב הטעם דאין שומעין לו משום שיהוי מלוה לא משהינן הוסיף הוא על דברי רש"י ומעגן לה ומשמע דס"ל דגם זה משום

שיגוכא מיהו אף לפי פשוטו דטעם משום שיהוי מלוה בלבד (וכמו דאיתא גבי גר בקידושין דף מ"ג ע"ב ויעויין בתה"ד סימן ל"ה דיליף מינה לענין קידוש לבנה) מ"מ יתכן משום דהתם אפשר כשיגדל הקטן או יבוא הגדול ממ"ה ירצה לייבם אבל היכא דאסורה לייבם לא מעגין לה כל השנים האלה עד שיגדל הקטן :

וכ"ש בנידון זה שלדברי המילדת שפיהק ומת ואפשר דמה שאמר הרופא אינו מוציא מידי וודאי של המילדת לא מבעיא אם היא ישראלית אלא אפילו נכרית כיון שאחרות מן הסתם עומדות עליה מן הסתם עשתה כמשפט דלא מרעא אומנתה ויעויין בי"ד סימן קכ"ד ובש"ך שם בשם הירושלמי ולדעת התוס' והרא"ש ביבמות ר"פ החולץ ודעת ר' יונה שהביא הר"ן בשבת כל שחלה ומת הרי זה כפיהק ומת ותימא על הטור שסתם וכתב דאם אשת כהן היא אינה חוללות ולא ביאר דהיינו דווקא בנפל מן הגג או אכלו ארי ועכ"פ דבר שאין זכר בראשונים להתיר אין בידינו כח להתיר וראיתי דדעת הפוסקים להחמיר גם בדרבנן בענין זה שהרי מהרי"ן לב ומהרשד"ם הצריכה לחזור על כל האחים והרא"ש בתשובת אה"ע סימן כ"ח והא"ל דפליגי עלה היינו משום דאין זה חליצה פסולה כיון דממ"כ מותרת ולא שיאמר דסמכינן על הרוב אע"ג דחיזור הוא רק מדרבנן ורק מהרא"ש לידד מתחלה כן משום דיש פוסקים שאין מצריכים חיזור כלל אבל מסקנתו מטעם ממ"כ והא"ל לא ראה תשובת מהרא"ש :

וידידי הרבני מוהר"ר דוב כ"ץ נ"י כתב דיש שעד להכיר מהא דכתב הגהות מרדכי בכתובות דאם אחד מן הבנים שידך מותר לכנוס ואין בו משום חדר"ג מה"ג משום דחרם מפקע זיקה אבל הרב השואל שם בהגה"מ כתב להדיא רק למצות חדר"ג מה"ג מפקע האי מהאי לא למצות איסורא דאיכ"ל דבכה"ג לא גזור והרי אם שניהם החתן וכלה יכולים לנתק קישור השידוכין והרי כשם שהוא אסור באחות זקוקתו כן אחות זקוקתו אסורה בו ואיך שייך לומר דמפקע זיקה משום אחרים שקבלו והם צריכים ויכולים למחול זה לזה ואין כאן חרם דוגמא לזה אמרינן בכתובות גבי אונס דלאו אמרינן לא בעינא מי איתא לעשה כלל ולא אמר הרב שם אלא גבי חרם דרג"מה דלא מצינו רק על האיש ולא מצלא כלל דיש איסור על האשה ויש לדון בדברי התשובה ההיא הרבה אלא שאין להאריך :

ומ"מ לענין לכפות את הגדול לחלוץ אע"פ שכתב מהרא"ם בפשיטות דכופין הרי כתבו התוס' ביבמות דף ק"א ע"ב ד"ה לאחר שלשים יום כופין כל היכא דלדבריו א"ל מפני זילותא שתריק בפניו ואם כן היה א"ל דכאן דכיון לרבנן א"ל חליצה מלי למימר קים ליה כרבנן וכ"ש שיש פוסקים הסוברים דכל שנגמרו לפרניו ושערו והוא בן ט' דא"ל חליצה א"כ אמאי לא יכול לומר קים לי כוותיה ואינו דומה להך דנמוקי יוסף שהביא מהרא"ם דוודאי לריכה חליצה ול"ל דס"ל דכיון דמשום עיגון דידה אמרינן דכופין כל שהיא מתעגנת מבלי פשיעתה אין חוששין אותה לעולם. ואולם הנימוקי יוסף הביא בשם הריטב"א הטעם דאין כופין אותה משום דמלי למימר אע"ג שכתתי לה גט לא ניחא לי לחלוץ שתהיה אסורה לחזור ולשאלה יע"ש ובקדושין דף ס"ה ע"א דאין כופין לגט לכ"ע באומרת קדשתני והוא אומר לא קדשתיך ויעויין בכתובות דף ע"ג ע"א והתוס' שכתבו טעם אחר ביבמות היינו דווקא משום דלא ס"ל סברת הריטב"א והנימוקי יוסף הנ"ל כיון דכל קרובותיה בלא"ה אסורים לו ורק משום עלמה שאמר שאין חפץ לאסור אותה על עלמו משום זה אין ראוי לעגנה שהרי היא לועקת כי לעולם לא תחפוץ בו ויכולה ג"כ לידור הנאה ממנו אבל וודאי סברא אלימתא היא דלא ניחא ליה למיתסר בקרובותיה כדאיתא בקידושין מעתה מהרא"ם שכתב דכופין אותו לחלוץ ולא מלי למימר לא ניחא ליה כו' משום דאף עתה קרובותיה אסורות עליו משום אחות זקוקתו ולא מבעיא אם אין שם אח אלא הוא כיון דמתעגנא לעולם. מבלי פשיעתה לא אמר כן ואפילו יש שם אחים אחרים כיון דעכ"פ אחד לריך לאסור עלמו בקרובותיה אין הגדול יכול לדחות אלל הקטנים ומטעם לא ניחא לי אבל זה שאחותה משודכת לו נראה דאין כופין לחלוץ דכיון דיש אח אחר אין אוסרין משודכתו עליו בע"כ בכה"ג דרבנן ס"ל דאזלינן בתר רובא וגם בפוסקים כמלאו מתירין והרי כתבו התוס' ביבמות דף מ"ג בשם ר"ת בד"ה שאני וברא"ש שם שהתיר לכנוס משודכתו בתוך שלשים לאבילות שלה. יע"ש :

ועב"ז עליכם החכמים היקרים האהובים להתאמץ ולדבר על לבו שיחלוץ לה ולא יעגן את האלמנה כל שנים הרבות ההמה כי מי יודע מתי יביא שערות שסומכים עליהם לחלוץ והנה הלער מן הפירוד הוא לער שעה ולער עיגון האלמנה ארוך כמעט אין לו שיעור כי אולי ח"ו יקרה מקרה שלא יוכל הקטן לחלוץ ותתעגן כל ימיה לעולם או יולא זה הגדול את אשתו בגט גם יש לחוש פן יבואו לידי מכשול ה"ו ובפרט דגייס אהדדי כ"כ לזאת טוב וישר לפעכ"ד לדבר על לבו שלא יעגן עלמו וגיסתו האלמנה. וד' יזכה לו בית נאמן. א"ד ידידכם שוחר טובתכם וחפץ ביקרכם:

דברי ידידו ודש"ת. הקטן מאיר א"ש :

סימן צב

אודות היבם אשר נקטעה רגלו עד הארכובה מה לחלולה הנה דעת רבים מרבותינו הראשונים הרי"ף והרמב"ן וסה"ת (וכן הכי בתוס' והריטב"א כולם פה אחד דקטע רק פרסות הרגל פסול לחליצה דהוי כמאן דמסגי אלוחתא דכרעיה ולא ס"ל חילוקו של רש"י ביבמות שכתב דקטע ודייק דזה רגלו ומתניתין דמארכובה ולמטה כו' לענין קטירה הוא בדפירוש בירושלמי וא"כ אין כאן ספק כלל דא"א לחלוץ בקוטע וכמ"ש המהרש"ל ביש"ש יע"ש שהביא להקת הפוסקים כולם פה אחד דקטע פסול לחליצה כפשטיה דירושלמי ואפילו לרש"י והרא"ש דמכשרי בקטע וס"ל דעדיף ממאן דמסגי על לוחתא דכרעה הרי כתב הרא"ש דעכ"פ לריך שישאר מן השוק סמוך לארכובה כדי לקשור הרי בהדיא דאם נקטע כל רגלו דפסול לחליצה שהעקום קשים (ובאמת בארכובה יש חמשה אברים כדאיתא בפ"ק דאוהלות בסופו) אבל ארכובה עלמה וודאי היא מעל דמעל באין ספק) :

וי"ל לדעת רש"י ושיעתי דמכשרו קטע לחליצה דאף הירושלמי דמפרש מתניתין לענין קשירה לא פליג לענין דינא כי גם הירושלמי ס"ל דקטע כשר והא דמפרש לענין הקשירה משום דהיה קשה דיוקא אהדדי איך הדין באם נקטע עד הארכובה דמדקתני מן הארכובה ולמטה כשרה משמע הא בארכובה עלמה פסולה ותו קתני מן הארכובה ולמעלה פסולה דמשמע הא בארכובה עלמה כשרה וכמו שעמדו הפוסקים בחולין לענין טריפות ולכך מפרש הירושלמי דמיירי לענין קשירה וא"כ עדיפא להשמיענו דלמעלה מן הארכובה פסול אף על גב שיכול לקשור שם כדרכו מאשר שנה בארכובה עלמה דשם פשיטא דא"א לקשור ויכול להלך בו כידוע לכל ועכ"פ לכ"ע אם נחתך כל השוק פסול לחלוץ וזה פשוט וע"כ מתני' דקתני מן הארכובה ולמעלה היינו מתחלת הארכובה :

ומש"כ מעלתו שנלטער מאוד דלמאי קתני מן הארכובה ולמעלה פסולה משום מעל דמעל תיפוק ליה דאינו חי ואינו ראוי להוליד ולא ראוי להקים שם כסריס ואיילונית כו' והאריך בזה קלת עד שרלה לחדש דארכובה דהכי לאו היינו ארכובה שמנו חכמים בחולין זה טעות דהא קיי"ל סריס אדם אע"פ שאין לו רפואה חולץ ורק אינו מייבם משום דאסור בקהל ואם היתה היבמה גיורת דמותרת בכרות שפכה וסריס אדם מותר לייבם וכן אם בעלו אפילו בישראלית קנו משום דקי"ל כר"ע דהיתה לו שעת הכושר וזה מבואר ביבמות ובפוסקים והיה

למעלתו

למעלתו לעיין תחלה טרם יעלה על הספר הדברים וישלח למרחוק אבל אין תפיסה עליו כי אין אדם נתפש על צערו אבל מהיום אל יצער עצמו בתחילת העיון ויגל וישמח לבבו כל הימים כחפצו וחפץ ידידו הקטן מאיר א"ש :

סימן צג

שלום וכל טוב להרב הגאון הגדול. מעוז ומגדול. סיני ועוקר הרים. החריף ובקי. כקש"ת מוהר' לבי אופנהיים אב"ד דק"ק טעמעשוואר יע"א :

אודות איש אחד בשמו יאקב ווייס אשר נחשד כי קנה סחורה גנובה ונמסר ביד אדונים קשה לענותו להודות ויוליכו אותו ממקום מושבו למקום האכזר ויענו אותו בענויים קשים ומרים יותר מחדש ימים. ויהי היום ויביאו ערלים מת אחד לישוב טשאקווא. כי הערין שלחם לקברו בקבר ישראל ובפי האדון דבר לאמר ראו נא שזה האיש יאקב ווייס השליך עצמו לבאר ועבדיי הוציאוהו משם מת מן הבור וגם הערלים אשר הביאוהו אמרו כדבריו וב"י אשר התעסקו בקבורתו כולם מקטן ועד גדול הכירוהו שזהו יאקב ווייס מכפר שעבל אשר היה אסור ביד הערין וכן העיד המ"ן מטשאקאווא. כי היה ממש בצורתו כאשר היה בחיים בלי שום שינוי והקול הולך וחזק מפי ערלים כי לא הפיל יאקב ווייס עצמו כלל לבאר מים רק מפני עינויים קשים של האכזר יען כן דרכו של הערין ההוא לענות נפש ויאקב ווייס חלוש הטבע ורך המזג לא יוכל עמוד בענוייו וימת תחת ידו וכן יאמרו יהודים באומדנות ומוכיחות כי כן הוא. ומעכ"ת פלפל בחכמה דאם אמת היה שהשליך עצמו למים והרי עד שהביאוהו לטשאקווא וודאי אישתהי ואין לסמוך עליו על מה שהכירוהו שם בצורתו רק שיש ספק אם היה מיתתו במים כלל ואף כי עדיין יש להסתפק אולי נשתהה ג' ימים בזה לידך להקל כיון שהיה שלם ולא נשתנה כלל. הנה לפי הנראה מהוצעת המעשה הערלים אשר הביאו לטשאקווא את גוויית המת המה אמרו לישראלים הדרים שם כי הביאו את יאקב ווייס והשליך עצמו למים והוציאו אותו משם ומביאים אותו לקברו בקבר ישראל ואם כן נראה שאמרו כן מבלי שאלה והסיחו לפ"ת שזה גוויית המת יאקב ווייס אשר היה בבית הערין וא"כ נראה וודאי דנאמנים אף להסוברים דבעינן קישור דברים ולא שיאמר נכרי המסלפ"ת דבר זה בלבד שמת פלוני מ"מ בכה"ג שהביאו גוויית המת שניכר שהוא יאקב ווייס והמה ג"כ אומרים כן וודאי לא גרע מפונדקית נכרית שהאמינוה מפני דברים מוכיחות שהוציאה להם ס"ת ומקלו כו' אע"ג דאיכא למימר שהפקיד דברים השמש אצלה והלך לו ואף עפ"כ האמינוה ואם כן אם היה אמת הדבר שהפיל עצמו למים לא היה חשש מפני שהייתו ואם נאמר שאינם מסיחים לפ"ת א"כ לא נאמין ג"כ להם שהפיל עצמו למים ומ"מ אם כדבריהם כן הוא שהפיל עצמו למים הרי מת הוא יאקב ווייס ואם אין אמת בהם לא נאמין כלל שהיה במים והרי ניכר לפנינו שהוא יאקב ווייס מבלי שום שינוי ויש להקל כדברי מעכ"ת כי'. ועוד כיון דידענו כי יאקב ווייס היה אסור בבית הערין ההוא ולא נשמע כלל שהיה שם עוד אחר תחת ידו כי בלתי ספק היה נודע אם בא עוד ישראל ח"ו תחת יד האכזר ועתה כי הביאו הנעדר ההוא אשר ניכר לנו שהוא יאקב ווייס יש לנו לומר וודאי כי הוא הנאסר ביד הערין ואפילו למ"ד חיישינן לתרי יצחק היינו בעכ"פ בשיירות ונלוויות אע"ג דלא הוחזקו אבל בזה הענין וודאי י"ל לכ"ע כאן נמצא וכאן היה ואע"ג שלא נודע שמו מ"מ הרי ניכר לנו בגופו ובפרצוף פניו שהוא יאקב ווייס ואין לחוש ולומר שנשתהה ג' ימים ונשתנה פניו לצורת יאקב ווייס אחרי כי ידענו שהוא היה שם ואין זולתו כ"ש בהצטרפות אמירת הערלים שהביאוהו בודאי אין לחוש עוד וכדברי מעכ"ת כי' דמצד זה אין על אשת יאקב ווייס כבלי העיגון :

ואולם אשר ישים בסד רגלי העלובה ההיא הוא מ"ש הדר"ג כ' כי הניח זרע אחריו ואחיו שוטה. בזה גדול כים שברה הנה פשוט דשוטה זקוק ליבום מדקתני בתוספתא שהביאו התוס' דשוטה שחלצה חליצתו פסולה וכמו שחרש זקוק ה"ה שוטה ורש"י והר"ב שפי' על חרש שנחלץ דחליצתה פסולה במקום שיש אחין כבר תמה עליהם התוס' יו"ע ואולי משום דכל מקום שהינו חליצה פסולה ופוסלת מן האחין פירש"י כן להורות דאף כאן לכך נקטה חליצה פסולה ולא איכא חליצה משום דעכ"פ פוסלת מן האחין והרמב"ם בפרק ד' מהלכות יבום וחליצה חילק בין אלם ואלמת דחליצתן פסולה ובין חרש וחרשת דאין כאן חליצה כלל לפי שאינן בני דעת וכתב המ"מ שם שהקשו על הרמב"ם מדאמר שמואל זו דברי ר"מ אבל חכמים אומרים אין חליצת קטן כלום ולא קאמר אין חליצתן כלום אלמא מודו רבנן בחרש וחרשת דחליצתן רק חליצה פסולה ועוד מדאמר השתא דאמרת קריאה מעכבת אלם ואלמת שחלצו חליצתן פסולה לפי שאינן בואמר ואמרה הרי דטעמא דמתני' רק משום קריאה דמעכב יעויין שם שכתב שיש לדחוק כו' ולפענ"ד נראה שיש ליישב דברי הרמב"ם ע"פ מ"ש הריטב"א שם ביבמות דף ק"ד ע"ב בהא דאמר רבא בל"ק דאלם ואלמת חולצין ופריך עלה מדקתני במתניתין דחליצת חרש וחרשת פסולה מאי לאו משום דלאו בני קריאה נינהו ומשני לא משום דלאו בני דעה נינהו וקשיא לריטב"א מאי ס"ד להקשות מחרש וחרשת ולפרש משום דלאו בני קריאה נינהו ולא עלה על דעת המקשן לומר דטעמא דלאו בני דעה נינהו וכן הקשה על דבי ר' ינאי שפירש טעמא דמתניתין משום דלאו בני קריאה נינהו ולא פירש משום דלאו בני דעה נינהו וכמ"ש התוס' ג"כ וניחא ליה להריטב"א דסוגין דיבמות כדברי הירושלמי ריש תרומות על מתניתין דתרומות דקתני חרש שדברו חכמים בכל מקום שאינו שומע ואינו מדבר אמרו בירושלמי שאינו כלל גמור בכל מקום מדקתני חרש שנחלץ וחרשת שחלצה חליצתן פסולה וכתב הריטב"א דהוכחת הירושלמי מדלא קתני שוטה בהדי מכלל דחרש דמתניתין היינו כחרש המוזכר בכתוב שאינו שומע אבל מדבר והיינו דסובר המקשן בל"ק דע"כ משום דלאו בני קריאה נינהו והיינו דקריאתן לא מהני כיון שאינם שומעים דאל"כ כיון שמדבר הלא הוא פקח לכל דבריו ודחי לא משום דלאו בני דעה נינהו פירוש דלגבי חליצה דעתא צלותא בעינן דאפילו פקחין טעו בה ופריך א"ה אפילו אלם ואלמת נמי ומשני אלם ואלמת בני דעה נינהו ובזה מצאנו שורש לדברי הרמב"ם בפרק כ"ט מהלכות מכירה שחילק בין שומע ואין מדבר דמעשיו קיימים אפילו בקרקעות ובמדבר ואינו שומע כתב שאין מכירתן בקרקע כלום אף במטלטלין בודקין אותו ותמה המ"מ שהרי בשניהם שנינו דהן כפקחין ומה ראה הרמב"ם לחלק ביניהם ויעויין בבכור שור בחידושיו לגיטין פרק הניזקין ולפירוש הריטב"א מחלק תלמודן כאן בין חרש המדבר ואינו שומע דלית ליה דעתא צלותא ושומע ואינו מדבר יש לו דעה גמורה למדנו מדברי הריטב"א ופירושו בירושלמי דתרומות וסוגין דיבמות דחרש דמתניתין לאו היינו אינו מדבר ואינו שומע רק אינו שומע בלבד ויצא מזה לכאורה דמדבר ואינו שומע לאו בר חליצה לפי שאין קריאתם כלום מאחר שאינו שומע ולא מצינו דין זה ברמב"ם וזולתו ונראה לפענ"ד דאף לפירוש הריטב"א הא דמדבר ואינו שומע אינו חולץ היינו לר' יוסי דס"ל דכל מקום שצריך קריאה ודיבור צריך להשמיע לאזניו ואם לאו לא יצא ואינו מוציא אחרים ולכך אף בחליצה קריאתן לא מהני אבל לדידן דקי"ל כר' יודא דיצא בק"ש וכן במגילה מוציא אחרים לפי הגירסא א"ח שהביא הכ"מ בריש הלכות מגילה דמוציא אחרים ה"ה כאן מהני קריאתן אלא דהמקשן בל"ק וכן ר' ינאי לפי האמת דקתני חרש ולא קתני שוטה בהדי ע"כ בחרש שאינו שומע ומדבר מיירי וא"כ ע"כ מתניתין כר' יוסי ומפסלא חליצה משום שאינו באמר ואמרה אבל לדידן דקי"ל כר"י דלא בעי שמיעה בהכך דמצותן בקריאה חרש שאינו שומע אבל מדבר כשר לחליצה ואע"ג דבפרק כ"ט מהלכות מכירה כתב דאין מעשיו קיימים בקרקעות מ"מ בחרש כזה וודאי אמרינן סברת התוס' דמהני מה שהב"ד מלמדין אותו לא בחרש גמור. ובזה מיושב ממילא קושית התוס' בחולין וגיטין וא"צ לחלק בין אחרים רואין לעומדין על גביו ועכ"פ כיון דמתניתין מיירי בחרש



המדבר ואינו שומע הולך רבי ינאי לומר הטעם מפני שאינן באמר ואמרה. וכן שמואל לא יכול לכלול חרש דמתניתין בהדי קטן ולומר דאינו חליצתן כלום דחרש דמתניתין המדבר ואינו שומע אינו רק חליצה פסולה בלבד:

ומעכ"ת כי' ילא לדון דבר חדש ולתרץ דברי רש"י ונימוקי יוסף ויאמר הדר"ג דאם נתחרש לאחר נישואין אינה זקוקה ליבום כלל דכמ"ש מהר"ם ר"ב דאם נפלה קמיה מומר אינה צריכה חליצה והביא ראיה מסוף פרק הגוזל מהא דאמרי' אלא מעתה נפלה לפני מוכה שחין תיפוק בלא חליצה דאדעתיה דהכי לא קידשה נפשה ומשני טב למיתב טן דו וכו' וכתב מהר"ם ר"ב דבמומר ליכא למימר טב למיתב טן דו וכו' לא צריכה חליצה כלל אלא שכתב מעכ"ת כי' דבנידון זה א"א לבדד מפני זה להקל אחרי כי היבם כבר היה שוטה בשעת נישואין. הנה בתשובת מיימוני השייכים להלכות אישות סי' כ"ט הובא סברת מהר"ם הנזו וכתב שם וז"ל אבל גבי מומר דליכא למימר הכי דאנן סהדי דלא ניחא לה להתיבם לו כי יעבירנה על דעתה אדעתיה דהכי לא קידשה נפשה מעיקרא היכא דמשומד היה בשעה שנתקדשה לאחיו דאסקא אדעתה והוי ליה כאלו התנתה על מנת שלא תתייבם לו עכ"ל וכן העתיק מהר"י מינץ בסימן מ"ב תשובה זו כלשונה וממש גם בתשובה אחרונה של מהרי"ל כתב דלפי סברת מהר"ם אין היתר רק בהיה משומד דאסיקא אדעתיה והוי כאלו התנית ויעויין בתשובת מעיל צדקה שכתב דגם קושית הגמרא בב"ק בנפלה לפני מוכה שחין אין הקושיא רק בשהיה מוכה שחין בשעת קידושין לאחיו יע"ש. הרי דסברת רבותינו הוא להיפך דדווקא בשעת קידושין איכא למימר דאדעתא דהכי לא קדשה נפשה ולא בשנשאה אחרי הקידושין ואף גם זאת לא ידעתי איך מדמה מעכ"ת כי' חרש למומר דלא שייך גביה טב למיתב טן דו וכו' משום שיעבירנה ע"ד. אבל חרש הלא אפשר דייבמה ודווקא ממוכה שחין פריך דאף ע"ג דבעי תרווייהו למידר יחד לא שבקינן להו אבל חרש בוודאי אם רוצה היא להיות עמו שבקינן ומ"מ אפשר גבי שוטה לא שייך טב למיתב טן דו וכו' דאין אדם דר עם נחש בכפיפה דלכך לא תקנו ליה נשואין. והנה לדעת התוס' בב"ק דף ק"י ע"ב ד"ה אדעתא דוקא מן האירוסין שייך לומר אדעתיה דהכי לא קדשה נפשה ולא מן הנשואין. והתוס' וודאי לא ס"ל כדברי מהר"ם שסובר אפי' מן הנשואין וכתבו עוד לחלק בין קונה דבר ונתקלקל דלא שייך לומר דאדעתא דהכי לא קנה משום דלאו בדעתו לבד הדבר תלוי מה שאין כן בקידושין וכ"כ התוספות בכתובות דף מ"ז ע"ב ד"ה שלא כתב יע"ש וקיים ולכך לא פריך מאשה שנכנסה בעלה בעל מום דתיפוק בלא גט ומהר"ם ר"ב נראה שישב זה במה שאמר לפמ"ש בתשובת מיימוני הנ"ל דהא דאמרינן אדעתיה דהכי לא קדשה נפשה היינו בשהיה אחיו מומר בשעת קידושין וס"ל דקושית הגמרא גם כן בשהיה מוכה שחין בשעת קידושין דאסקה אדעתה והוי כאלו התנות וממילא לא שייך כן לא בבעל ולא במקח וממכר ועכ"פ התוספות כאן בב"ק ובכתובות חולקים על מהר"ם בתרתי לכאורה כמובן והרא"ש תלמיד מהר"ם ס"ל בהא כהתוס' בשניהם דקושית הגמרא לומר דאדעתיה דהכי לא קדשה נפשה לא שייך לומר רק באירוסין ולא בנשואין וכן בזה דקושית הגמרא היינו גם בשנכנסה אח"כ היבם מוכה שחין כמבואר בש"מ בב"ק שם וגם מהר"ם נראה שהיה מפרש מאי דמשני טב למיתב טן דו כו' דאע"פ שהיבם מוכה שחין אפ"ה טוב לה לשבת עמו כו' ולזאת אמר כי במומר ודאי לא ניחא להו שאם היה מפרש שהיא רוצה לשבת עם בעלה אע"פ שיש ספק אולי תפול לפני היבם שא"א לה להתייבם כלל א"כ אין טעם לפטור אותה מזיקתה לפני מומר מפני שמעבירה על דעתה לא תתיבם לו ותשב עגונה אלא וודאי שהוא מפרש טב למיתב טן דו כו' על יבם מוכה שחין וזה לא שייך במומר ומדברי רש"י אין נראה כן שהוא מפרש דמיגו ניחא לה פירש"י שהוא מפרש דניחא לה להתקדש לראשון שהוא שלם על ספק זה שאם ימות תפול לפני אחיו. ולכאורה מוכרח דעל הבעל קאי דעל היבם הרי אף כל דהו לית לה כיון דא"א לו לייבם כלל וכמ"ש סוף פרק המדיר דאפילו שניהם רוצין צריך להוציא. ואולי יאמר מהר"ם ר"ב דבעל ביאה אחת לא שייך לומר ממיקתו ואח"כ תדור בקהדי עמו וגם קשה לדעת מהר"ם ממתני' דריש פרק חרש שני אחין אחד חרש ואחד פקח נשואין שתי אחיות אחת פקחת ואחת חרשת מת פקח בעל פקחת כו' השני מוציא אשתו בגט ופקחת אסורה לעולם ומוקים לה ביבמות דף קי"ב ע"ב בחרש מעיקרא ולא אמרינן אדעתי' דהכי לא קדשה נפשה משמע דמיירי שהיה כבר נשוא בעל חרשת את אשתו כאשר נשא פקח אותה ולא אמרינן דתלא בלא חליצה ויבום ובוודאי רחוק לחלק בין מתניתין למומר כיון דאסורה לעולם. וצ"ע על מהר"ם. ואולי נאמר דמתניתין לאו בהכי מיירי ואיכא לאוקמיה בהתנה הוא בפירוש שאף אם ימות בלא בנים לא יפקעו הקידושין וכל זה רחוק. וראיתי בנודע ביהודה קמא אהע"ז סימן כ"ד שרצה הכם אחד לומר גם כן כיון דלאבא שאול צריך לכוון לשם מצוה וחרש לאו בר כוונה הוא ואם כן לאו בר יבום ובר חליצה הוא ואדעתי' דהכי לא קידשה נפשה. והנו"ב האריך להוכיח דחרש בר יבום הוא לכ"ע (וקצת חידוש בנ"ב בסוף דבריו דאף את"ל כי צריך כוונה מ"מ אם מלמדין אותו לכוון יש לו כוונה ולא ראה דעת הרמב"ם שכתב דחרש אין חליצתן כלום מפני שאין לו כוונה) וכתב לבסוף דאחרי שהוא בר יבום אינכו נזקק לעיין ולהשיב בהך דאדעתיה דהכי לא קידש נפשיה. ולפענ"ד מכח משנה דלעיל דשני אחין אחד חרש ואחד פקח וכו' מבואר דאף אם היא אסורה עולמית לא אמרינן דאדעתי' דהכי לא קידשה נפשה כי רחוק לומר דמיירי בהתנה עמה שעכ"פ תהיה מקודשת כדלעיל ויותר ראוי לומר לדעת מהר"ם כי ניחא לה יותר להיות זקוקה לחרש ואף שאסורה עולמית מאשר שתהיה זקוקה למומר פן יכבשו עליה כבלי העיגון ותנשא לו ויעבירנה על דעתה ובין כך ובין כך לפע"ד א"א להקל כלל מטעם זה דאדעתיה דהכי לא קדשה נפשה כיון דרש"י ותוס' והרא"ש לא ס"ל כוותיה. וגם מהר"ם עצמו לא סמך על ראיתו כמבואר במרדכי ואזיל לחומרא ואין להקל מצד זה:

והנה הדר"ג לא פירש ענין היבם ההוא רק סתם שהוא שוטה וכתב שדיבר עמו והיו דבריו בהשכל וידע גם ביום שלאחריו מה שדיבר אמש עמו. אבל לא פירש מעכ"ת כי' במה ניכר שטותו האם יש בו הסימנים שהזכירו חז"ל ריש חגיגה. והביאם הרא"ם ריש חולין ובטוש"ע שם או אם אין בו אחד מכל אלו ורק בדבר אחר ניכר שהוא שוטה כי אז באנו למחלוקת הראשונים כי הרמב"ם בפרק ט' מהלכות עדות כתב סתם דאם עושה דבר אחד דרך שטות הרי הוא בכלל שוטה וכן העתיק הב"י לשונו בח"מ סימן ל"ה וגם בי"ד בסימן א' כתב כן בשם הרמב"ם וזה דעת מהרי"ו בתשובה סי' כ"ב והביאו הד"מ באה"ע סימן קי"ט אות ד' ומלשונו של הד"מ נשמע שהוא נוטה לדבהג"' ואולם דעת רבינו שמחה שפירא שהביא הב"י באה"ע בסי' קי"ט ודעת רבינו אביגדור שהביא מהרי"ק שורש י"ט והעתיקו הב"י שם באה"ע סימן קכ"א נראה דהני סימנים דוקא שמנו חכמים. עוד הביא הרמב"ם בהלכות עדות שם ענין אחר והוא הפתאים ביותר שאין מבינים דברים הסותרים זה את זה ולא יבינו עניני הדברים כדרך שמבינים שאר עם הארץ וכן המבוהלים וכו' הרי הם בכלל שוטים ודבר זה לפי מה שיראה בעיני הדיין שא"א לכוון הדעת בכתב עכ"ל. וכתב הסמ"ע בסימן ל"ה סעיף קטן כ"א כי ההפרש בין פתי לשוטה הוא כי השוטה דעתו מטורפת לגמרי בדבר מהדברים מה שאין כן הפתי שאינו מטורף כ"כ לגמרי בשום דבר אבל מצד אחר הוא גרע מן השוטה כי השוטה בשאר דברים הוא חכם כשאר כל האדם והפתי הוא שאין לו שכל גמור ואינו מבין שום דבר כדרך שמבינים אותו שארי בני אדם. וראיתי בתב"ש בסימן א' סעיף קטן כ"א שחולק בענין אחר דשוטה היינו מי שנטרף דעתו מחמת חולי או רוח רעה ונכנסה בו רוח שטות ולכן מצינו בו עתים חלים עתים שוטה שכן דרך שוטים אלו וכו'. אבל מי שנולד בדעת חסירה הוא הפתי אשר מתפתה לכל דבר ואינו משתנה לעולם והשיג על הסמ"ע שכתב דהשוטה הוא בשאר דברים חכם כשאר בני אדם כי בתוס' חגיגה דף גימל ע"ב ד"ה דרך שטות משמע דא"א שיהיה

שוטה באחד וחכם בשאר דברים ומ"ש הרמב"ם אע"פ שבשאר דברים הוא שואל ומשיב כענין. כוונתו דאע"ג דמשיב כהוגן אמרינן מקרה הוא כי כן דרך השוטים להשיב לפעמים כהוגן ומ"מ דעתו מטורפת וכתב שכן משמע בתשובת מהרי"ו בסימן כ"ב. והנה ראיתי בתשובת מהרי"ו שם ולא כתב רק אף על פי שמשיב כהוגן לא מיקרי חלים כי כן דרך שוטים לפעמים משיבים נכונה. ומכל מקום שוטים הם והוכיח מהרי"ו כן דוודאי רב הונא ור"י דפליגי בחגיגה איזה נקרא שוטה היינו אף על פי שלא ראינו בו שטות אלא דמקרע כסותו וכו' דאטו אם אינו קורע כסותו ואינו לן בבה"ק ואינו יוצא יחידי בלילה ובשאר כל דרכיו הוא עושה שטות אינו מקרי שוטה אתמהה · אלא וודאי הא דפליגי היינו דווקא שלא ראינו בו שום שטות אלא זה אפ"ה הוי שוטה אע"פ שמשיב כהוגן את"ד מהרי"ו ובעיני איני רואה שום סתירה בדבריו לדברי הסמ"ע ויותר נוטים לפע"ד דברי מהרי"ו. וראיתי לדברי הסמ"ע דכל שיש בו סימן אחד של שטות אע"פ שבשאר דברים הוא כשאר בני אדם והוא חכם דינו כשוטה וכן בדברי התוס' לא מצאתי שום סתירה לדברי הסמ"ע דהא וודאי אע"פ שכתב הסמ"ע דשוטה בשאר דבריו הוא חכם כשאר בני אדם. אין כוונתו דבאמת הוא חכם כשאר בני אדם דא"כ אמאי יהיה פטור מכל מצות שבתורה וקניני קידושיו וגיטו בטלים לגמרי אחרי שהוא חכם ככל אדם בכל דברים רק שלן בבה"ק או קורע כסותו ואיכך (רחוק הוא לחדש ולומר שהוא שלמ"מ כמו שראיתי בתשובת זכרון יוסף חאה"ע סימן יו"ד) אלא כוונתו של סמ"ע שכל שהוחזק שוטה באחד מן הדברים אע"פ שבשאר דברים היינו שאין אנו רואים בו שום שינוי אפילו הכי אמרינן שכלם נקרה הוא לו או שהוא חלים באותו רגע ובאמת דעתו מטורפת כיון שהוא מוחזק בדבר אחד לשוטה :

ואמנם לן בזה במחלוקת הראשונים שהזכרנו לעיל דהרמב"ם שלא ומלאנו שהזכיר כלל הסימנים שהוזכרו בחגיגה כתב הכ"מ בהלכות עדות. ובב"י באה"ע סימן קכ"א דס"ל דל"ד אלו אלא ה"ה כל כיוצא בהן אבל ר"ש ור"א דס"ל דוקא אלו מה יענו לדברי מהרי"ו שזכרנו לעיל דאיך יעלה על הדעת דאם אינו עושה משלש אלה ובשאר כל דבריו עושה שטות ובאמת לדידן דקי"ל כר"י היה אפשר לומר דבשאר דברים צריך שיעשה שלשה דברים שיהיה מוחזק לשוטה בכל ורק בשלש אלה קים להו לחז"ל שאם הוחזק בהן הוחזק לכל דברים. אבל לרב הונא דס"ל דגם בהכך צריך שלשה א"כ למה מנו חז"ל את אלו ואפשר דבאמת בהא פליגי ר"י ורב הונא דלרב הונא דס"ל כל אלו א"כ הנך לאו דוקא. אבל ר"מ דקיי"ל כוותיה דס"ל באחד מאלו ס"ל לרבינו שמחה וסיעתו דדוקא באלו שמנו באחד סגי אבל בשאר דברים צריך שיתחזק בשלשה ענייני שטות לכשיהיה כשוטה לכל ענייני תורה וקנין וקידושין. ויעיין בתשובת זכרון יוסף בחלק א"ח סימן י"ח וי"ע מ"ש הגאון מהר"ש שם לקרב לדעת האגודה וע"ש. ולפענ"ד מ"ש לקרב קרוב מאד. ואולם לפי דברי הסמ"ע יתכן דרבינו שמחה לא פליג על הרמב"ם רק ברואינו שהוא בשאר דבריו עושה בהשכל כשאר בני אדם בזה ס"ל לר"ש וסיעתו דבעינן דווקא אותן שמנו חכז"ל ריש חגיגה אבל אם ראינו שהוא עושה שאר דברים דרך שטות אזי אם לא בחנו אותו איך מתנהג בשאר דבריו הרי הוא בחזקת שוטה גם לרבינו שמחה אבל אם שאר דבריו בהשכל אין דבר אחר מוליא אותו מחזקתו לדידהו. ובזה סרה תמיהת מהרי"ו ומ"מ לדינא מי יכריע כנגד דעת הרמב"ם ומהרי"ו שהוא אחרון וכן הרמ"א בד"מ סימן קי"ח קי"ע נוטה לדברי הרמב"ם ומהרי"ו והזכרון יוסף באה"ע סימן י' מכין מרובה נקט ולירף להחולקים על הרמב"ם אשר לא מלאתי הכרח בדבריהם דפליגי על הרמב"ם כלל ולא העתיקו רק לשון הגמ' ולא יחלוק הריב"ש על הרמב"ם ולא יזכירו ואף הזכרון יוסף לא סמך על זה בלבד רק מכמה טעמים ובאיסור דרבנן בלבד :

ומהרי"ט חאה"ע סימן ע"ז כתב באחד שבא לחלוץ והיה נוטה אל הטפשות אבל מבחין הוא בענייני עולם

כגון לקנות דברים מן השוק ולעשות (אולי צ"ל לענות) על מה שאומרים לו על הן הן ועל לאו לאו ולא היו בו סימן אחד מסימני שטות המפורשים בחגיגה והביא מהרי"ט שם דעת רבינו אביגדור דהני סימנים דוקא נינהו ופלא הוא שלא הביא כלל דעת הרמב"ם דס"ל דלאו דווקא אלו וגם במה שכתב דחרש אם היה אמירתו לא מעכב היה חולץ לא הביא כלל דעת הרמב"ם דלעיל דאינו חולץ מפני שאין לו כוונה וכתב מהרי"ט שם דהחולץ ההוא אינו בכלל הפתאים אחר שהוא מבין דברים הסותרים זה את זה אלא שיש בו טפשות בדברים שלבו חפץ וכתב עוד דנראה שלא פסל הרמב"ם את הפתאים רק לענין עדות שצריך להעיד על מה שעבר כבר אבל אם בא לקיים דבר עמו במקח וממכר או בגיטין וקידושין ומסברו ליה וסבר ואנו מכירים בו שהבין הדברים כגון זה לאו שוטה הוא והרי הוא כפקח לכל מה שעושה אלא שחשש מהרי"ט אולי לא יכוון בשעת חליצה ורצה לחדש דלא בעינן כוונה בחליצה ורק אמרו חז"ל שצריך כוונה לאפוקי חליצה מוטעת וסמך על מה שחשב שלא הביא הרמב"ם דצריך שיכוונו שניהם וכבר תפסו החכם לבי בסימן ב' דהרמב"ם הביאו מפורש וכתב דאין לסמוך בזה על מהרי"ט וצריך כוונה בשעת חליצה אלא דאין צריך לשם מצוה ומה שתמה ממכ"ת דהיא גופא קשיא כיון דלא שייך מצות חליצה קודמת אמאי לא בעי כוונה נראה דליכא למ"ד דמעיקר הדין מצות יבום קודמת כפשטא דקרא והמצוה היא שייבם להקים לאחיו לשם ולא לשם נוי ורק כיון דחוששין שייבם לשם נוי לפיכך מצות חליצה קודמת ובהדיא אמרו ביבמות דף כ"א דלכך דחי עשה דיבום לאו דאלמנה אם לא משום גזירה ולא מקרי אפשר לקיים שניהם וכו' ומשמע שם דאין בזה פלוגתא דתנאי ומ"מ אף דמסיק החכם לבי דצריך כוונה מ"מ אפשר בכה"ג דמהרי"ט אפשר דיש לסמוך על מה שמזהירין אותו הב"ד לכ"ע ואע"ג דהרמב"ם פליג בחרש על התוספות וס"ל דלא מהני וכן אף על גב דבגט מהני מכל מקום בחליצה לא מהני היינו שוטה גמור אבל זה דלדעת מהרי"ט אינו בכלל שוטה ורק דחשש דלמא לא יכולין יש לסמוך על הב"ד ומהרי"ט לפי שהיה סובר דאין צריך כוונה לא הולרך לזה אבל מ"מ יתכן להיות כן וקלת ראיה דהרי הרמב"ם סובר מדבר ואינו שומע אין מוכרו ממכר בקרקע ואף במטלטין צריך לדקדק מאד ואפ"ה לענין חליצה לא מליכו שפסלו וא"א שיהיה בכלל חרש וחרשת שכתב הרמב"ם עליהם דאין חליצתן כלום מפני שצריך כוונה דאם כן אין מזור לקושית הה"מ שהזכרנו לעיל ואם לא כאמר כתירולו א"כ חרש סתם היינו חרש גמור ולא היה הרמב"ם כותב סתם חרש וכולל מדבר ואינו שומע עד כה כתבתי למלאות רלונו ולמעשה הלא עמו עלה ותוס' וכבר כתבו שא"א לכוון הדעה בכתב ואין לדיין אלא מה שעיניו רואות. ה' יאיר עינינו במאור תורתו ויגלנו משגיאות. ובתורתו יראנו נפלאות. ויקים עמנו במהרה לטובה אות. דברי ידידו דש"ת הקטן מאיר א"ש

סימן צד

בעזרת השי"ת יום ה' תרי"א לפ"ק אונגווער יע"א :

שלום וכל טוב לכבוד הרב המאור הגדול חכם וסופר. אשכול הכופר. כקש"ת מוהר"ר משה רובינשטיין אב"ד דק"ק טשאנגראד והגליל :

מכתבו הנ"עכי. הנה לפי מכתבו עתה הכתב שנעשה בין הצדדים הוא באופן אחר לגמרי ואחרי שכתב מעכ"ת כי' שהיבם איטר רגל וגם נשוי אשה ויש לו אחים פנוים ועל זה בנה יסודו במקלת. הנה עתה נודע לו שהקנס איננו על היבם שיבוא הוא הגדול לחלוץ דווקא. רק התחייב עלמו שאם יקראו לו או לאחיו לחלוץ ולא יבוא יתן אלף זהובים כמלא הקנס אינו תלוי בחליצה של הגדול כלל. ונראה מדברי הרמ"א בסימן קנ"ד דדווקא באב על בנו יש אומרים דהוי אונס ולא בשאר הקרובים והמעיין בב"י דאפילו באונס גמור אונס מיתה

כל שהוא מגרש להסיר האוכם מאביו לא חשיב גט מעושה והרמ"א כתב וי"א באב על בנו משמע דגם בב"י איכו מחמיר רק באב על בנו ולא בשאר קרובים אפילו באוכם גמור ואמר רק לשון מוגרא וכ"ש אם הקנס בא עליו מעלמו כמלא אם יבקשו לאחד מן האחין שיחלוץ. ואם לא ירלה לחלוץ יהיה אחיו הגדול מחוייב לתת אלף זהובים ויחלוץ אחיו הקטן שאיכי אטר והוא פנוי כדי לסלק האוכם מאחיו לא הוי חליצה מעושית כלל. ומענין חליצה במקומו המבואר סוף פרק ז"ב בתלמודן. ומבואר בשיטה לסנהדרין דאין בין יבם ויבמה לשאר טוען וכטען לענין זה יע"ש (ולמה לו להביא ספרי) כראה דגם היש"ש לא קאמר רק אם יש שם ב"ד קבוע תמיד דקרינן בהו זקני עירו אף ע"ג דמכח רבוי אמרינן אפילו לא ידעי רק להקרות אבל שיהיה קפידא אם רולים שכיהם או שהתחייב עלמו לבטל ההתחייבות מפני זה לא קאמר ועכ"פ אין כאן פסול בחליצה ומעתה לענין דיכי ממונות שיש ביכיהם אחרי כי בלתי ספק יגישו תעלומותיהם לפני השרים היושבים על המשפט ומה לכו לדבר בזה וידע מעכ"ת כי' כי הרב מקעטשקעמעט כתב אלי והודיעני כי שאל ממא מעכ"ת לשלוח לו מה שכתבתי אליו וכשמע ממכו מעלתו ולא שלח אליו וגם האריך לקיים התנאים והכתב התקשרות. והנה לאשר דמיתי כי הקנס כעשה באופן שכתב אלי מעכ"ת תחלה כתבתי לו בקולר כי גם אם רק יש ספק עישוי אין להתיר כיון שהיא בחזקת איסור עומדת ולדעת המרדכי הוא דבר שבערוה והעתקתי לו מה שהשבתי אל מעכ"ת כי' ואבקש ממאת מעכ"ת כי' כי לא יכתוב לי עוד בדבר הזה כי קלתי ובחלה כפשי בדברי ריבות. וה' ית"ש ישכון בפורינו אהבה ואחוה שלום

ורעות דברי ידידו הכותב באישון לילה בחפזי מאד:

הקטן מאיר א"ש:

סימן צה

מכתבו היקר קבלתי והנה אפס הפנאי להאריך תכמה לדדים. ולזה אמרתי להעתיק לו רק בקילור מה שכתבתי אל הרב מעשאנגראד כי מרא"ם לא בסתר דברתי. ולמה לא ישלח למעכ"ת כי' אשר כתבתי אליו. והנה לענין דיכי ממון יש כמה לדדים אם התנאי קיים מה שהתנה הבעל בשעת כשואין. וכן מה שהתנו עתה עם אחיו הגדול לחלוץ. ירלה מעלתו כי' כי הספק בזה גורם פסול בחלוצה. ולדעת המרדכי הוא איסור ערוה. ואשר יאמר מעכ"ת כי' כי היבמה לא תבקש חליצה כי איככה חפילה להכשא. אין זה דרך ישר לפני ישרי לב כי גם הערכאות יר"ה לא יפסקו רק או לחלוץ. או לשלם. וחזר להיות חליצה מעושה שלא כדין. לזאת הטוב והישר לפשר בין הלדדים. ואיש על מקומו יבוא בשלום:

ואודות מקום החליצה לא ידעתי למה תדוכו על זה. איכי חושד את אחד מכם ומפני בלע כסף. הלא כל דיין אמת איכו לוקח תשלומין בעד חליצה. וגם אין כבוד גדול למשש ולחפש בכף רגל היבם. ומעיקר הדין היבמה הולכת אחר היבם. אבל מרלוכם יוכלו לחלוץ בכל מקום. ומי יתן ולא יבוא שום חליצה לפני לעולם. כי עוד לא סדרתי חליצה מבלי תרדכה עיני דמעה. ועפעפי יזלו מים. יגן ה' בעדיכו וישכון בפורינו אהבה אחוה ושלום וריעות. כחפצו וחפץ השש באמרותיו אשר בדעת ובחכמה כאמרים. ידידו הקטן מאיר א"ש

סימן צו

ע"ד אשר שאל מעכ"ת אודות האלמכה אשר בעלה שבק חיים לכ"י כ"ז אלול תקל"ו וביום ג' אדר שני תקל"ז ילדה וולד שלם וכגמר שערו ולפרניו והיא אומרת ששה שבועות (במכתבו כתוב ששה חדשים קודם מיתתו וכראה דטעות פלטתו המהירות ככראה מדברי מעכ"ת כי' בדבריו לקמן) וכתב מעלתו שיש רגלים לדבר מחמת הקול שילא אז בשעת מיתתו שהיא מעוברת מיד בשעת מות הבעל וגם העידו שבחייו שמח הבעל אל רעהו באמרו שבין פורים קטן לפורים גדול יכבד אותו להיות סנדק וגם להמוהל אמר כן וגם חקרו בב"ד את האשה מאימתי הרגישה הכועת הוולד אמרה בתוותה ששה שבועים אחרי מיתת בעלה התכועע הוולד בקרבה וכתב מעלתו כי' דכיון שאין אשה מרגשת תכועת הוולד עד עבור ג' או ארבע חדשים וא"כ כתעברה בחיי בעלה כמו ששה שבועים וכתעברה בחדש אב ויהיו תשעה חדשים למקוטעין וחקר מעלתו אם אפשר להתירה בלא חליצה כי יש בו לד עיגון כמבואר בדבריו. ואולי יש לצרף הקול שידעו הכשים השככות מקדם שהיא מעוברת לאנירתה:

ומעלתו פתח בהלכה תחלה כמבואר במכתבו. והנה הרבה מעלתו להתפלא על הרמב"ם שפסק דע"א כאמן לומר כיתן לי בן במ"ה והיא איכה כאמכת לומר מת יבמי דממ"כ אם דייקא גם היא תאומן ואם לאו משום דאיסור לאו קל בעיכיה עד אחד אמאי כאמן וכבר התעורר הלח"מ בזה כאשר ראה עיכיו ומעלתו רולה לומר דטעם דעד אחד כאמן לומר כיתן לי בן משום דרוב כשים מתעברות ויולדות. ולדבריו גם היא כאמכת לומר כיתן לי בן ולא משמע כן ועוד א"א לומר כן דהרי סתמא קאמר דכאמן לומר כיתן לי בן ומבואר דאפילו לא ידעכו כלל שהיתה לו אשה כאמן עד לומר שכשא שם אשה והוליד בן ובזה ליכא רוב כלל. ואולם לפע"ד עיקר כדברי הלח"מ ומ"ש דא"א לומר כדברי הלח"מ דהרי בכיתן לי בן לא הוי מלתא דעבידי לגלויי. הכה אף כי דעת הראב"ד כן כראה דשאר הפוסקים חולקין שהרי הרשב"א בתשובה סימן אלף רכ"ב כתב להכריח כדעת הרמב"ם ומדקאמר סתמא כי תבעי לך למשרי לעלמא ועלה פשטא דכאמן וכו' ומשמע כל מה שמתירה ואילו לא היה כאמן בכיתן לי בן וכו' לא הוי בעי סתמא ולא פשטו סתם עכ"ל יע"ש עכ"פ מבואר מדברי הרשב"א דתלמודן בעי אף בכיתן לי בן במ"ה והרי קאמר טעמא דליהמן משום מלתא דעבידי לגלויי ויותר מזה מבואר ברמב"ן בחידושיו לב"ב דף קל"ד ד"ה ומפכי מה אמרו כתב וז"ל ותמיהכי זה בכי למה לא יפטור והלא עד אחד כאמן וכו' כיתן לי בן במ"ה אלא משמע דבעל לא הוי כעד דעלמא דעד המעיד לאחר מיתת הבעל והוא חי (פירוש העד הוא חי) לא מסקר במלתא דעבידי לגלויי אבל בעל מחיים דידיה לא איכפת לי וכו' יע"ש הרי דעת הרמב"ן בפירוש דכיתן לו בן טעמא דמהימן משום מלתא דעבידי לגלויי ומעתה היכא דודאי לא עביד לגלויי לכ"ע אין עד אחד כאמן וזה ברור ולענין אם יבמה לשוק מקרי דבר שבערוה הכה כבר ראה מעלתו כי' כי דעת המרדכי דהוי דבר שבערוה וכ"מ בספר התרומה בהלכות חליצה שכתב להדיא דהוי דבר שבערוה ולדעת הפוסקים דעד אחד כאמן להתיר באתחזק איסורא מוכרח לכאורה דהוי דבר שבערוה דאל"כ מאי מספקא לתלמודן אם עד אחד יהא כאמן ביבמה לשוק דאמאי לא יהא כאמן ואף אם כדחק לומר דכל השקלא וטריא בסוגיין קאי לפ"מ דמסיק בריש האשה רבה דלא איפשט לן אם עד אחד כאמן או לא באתחזק איסורא אבל לפי מאי דמסיק בכריתות וקידושין איפשט דע"א כאמן באתחזק אם כן באמת עד אחד ביבמה כאמן מ"מ הרי הרשב"א בתשובה הכ"ל שהוכרח לומר דטעמא דכאמן לומר כיתן לי בן הוא משום דדייקא היפוק ליה דלשיטתו בלא"ה כאמן ע"א באתחזק איסורא וגם קושיתו איכו מתורלת שם לשיטתו כמובן. יעויין שם אלא ע"כ דיבמה לשוק מקרי דבר שבערוה ובקידושין בפלוגתא דאביי ורבא באשתך זיכתה בע"א מייתי אביי משבוי' ורבא מייתי מגרושה לכהן ומשמע דשבוי' וגרושה לכהן הוי דבר שבערוה וכ"כ התוס' רי"ד שם וכ"כ בש"ג שם בשם ריא"ז ובאמת מהך דגרושה איכא למדחי ולומר דהך תכא אליבא דר"ע היא דס"ל דגם בחייבי לאוין דכהוכה לא תפסי קידושין ולכך הוי דבר שבערוה אבל משבוי' קשיא לכאורה ובמקום אחר אמרתי כי לדעת הראב"ד שהביא הרא"ש פרק קמא דיבמות דף י"א בסוגיא דלרת סוטה דסבירא ליה דסוגיות חלוקות הן לענין אם סוטה כידון כערוה לפטור לרתה בלא חליצה דביבמות שם סובר רב דמוהא כתיב בה כעריות ובריש סוטה לא אמרינן הכי דתיפוק כערוה להפטר בלא חליצה ולא ס"ל לחלק בין סוטה וודאית לספק סוטה ולפמ"ש הכו"בי קומא חא"ה סימן כ"ד וכ"ה

דעיקר דבר שבערוה בסוטה היינו משום דכתוב בה טומאה כעריות ומעתה לפי סוגיא דסוטה דלא מיחשב סוטה כערוה ואפ"ה כתיב בה דבר דבעי שנים (וכמ"ש הנודע ביהודע שם דעיקר דבר דבר עלה קאי) ממילא מוכח דכל איסורי ביאה דבר שבערוה מקרי והרי שם אביי דקאמר הכי ברים סוטה ואולם רוב הפוסקים חולקים על הראב"ד ומחלקין בין סוטה וודאית לספק סוטה. והנה בדברי הרמב"ם שכתב דע"א כאמן גרושה או זונה היא מוכרח דלא חשיבי דבר שבערוה וכבר עמד על זה בעל קלות החושן בספרו שב שמעתתא ורצה להכריח מדברי הרמב"ם כן דגרושה וזונה לא הוי דבר שבערוה וליישב סוגיא דקידושין הנ"ל אמר הגאון דשם כיון דבאו לפוסלו מיוחסין בעי שנים יע"ש שהאריך ולבסוף הניח בצ"ע דאמאי אין האב נאמן לומר נשבית ופדיתי' למה יגרע מעד אחד. ולפענ"ד נראה דלא כדברי הנודע ביהודה שם בשינן הנ"ל דהא דאמרינן בסוטה דהוי דבר שבערוה וצריך שנים אע"ג דסוטה לבעל לא הוי רק איסור עשה ותופסין קידושין ואין בניה ממזרים אפ"ה הוי דבר שבערוה משום דטומאה כתיב בה כעריות דהרי רב הוא שחידש זה בפרק קמא דיבמות וסוגיא שם שקיל וטרו בה ולדברי הראב"ד סוגיות חלוקות הן כאמור אבל כל מה שמעידין על אדם שנעשה בו דבר שבערוה אין פחות משנים וקרא דכי מצא בה ערות דבר הכי מתפרש כי באין להעיד עליה שזינתה תחת בעלה ועל ידי כן ממילא אסורה וילפינן דבר דבר ממומון דאין זה פחות משנים לא יאמנו לומר שנעשה בה מעשה ערוה ועברה על איסור אשת איש אם לא יהיו שם שנים ומזה ממילא ילפינן דה"ה להעיד על האשה שנתקדשה או אם היא מקודשת שנתגרשה דכל אלה עדותן על דבר שבערוה. והנה כל הפוסקים חולקין על ר"ת דס"ל ריש כתובות דביאת נכרי אינה אוסרת (אינו מבואר בדבריו ז"ל) מכונה ראיות ואחת ומהנה הביא הרא"ש שם דהרי מקנין ע"י נכרי וממילא מוכרח דאין הדבר תלוי במומזירות כלל לפי מאי דקי"ל דנכרי ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר ולפמ"ש הבעה"מ והסכים עמו הרמב"ן בסנהדרין דף ע"ד אין בנכרי הבא על אשת איש חיוב מיתה כלל דאשת רעהו כתיב ולפי"ז אף אם אין חיוב מיתה ולא ממזרות רק שאין קידושין תופסין מקרי דבר ערוה לענין זה שצריך שנים ואע"ג דלענין גילוי עריות דאמרי' יהרג ואל יעבור מסקי הרז"ה והרמב"ן שם דאין בכלל נכרי הבא על אשת איש ישראל היינו משום קרא דמקים רולא לנערה המאורסה מיירי בישראל וודאי ובגמרא דעל כל פנים איכא ממזרות אבל כאן כל ביאה שאסרה על בעלה בכלל ערות דבר הוא וביאת נכרי כיון דאוסר אע"ג דליכא בה מיתה לאישה אם כן הוא בכלל אין דבר שבערוה פחות משנים וה"ה יבמה לשוק כיון דמספקא אם תפסו בה קידושין דבר ערוה היא ולפי"ז ניחא דוודאי שבויה כיון שמעידין עליה שנשבית באסורה משום שמא נבעלה לנכרי וביאת נכרי אף בפנויה ערוה היא. כיון דלא תפסי בה קידושין דבהא תליא ולכך אין האב נאמן לומר נשבית ופדאתיה וכן מייתי שפיר ראיה אביי מיכאי המלך. ואולם הרמב"ם מיירי באשה שלא ידענו בה אם היא אלמנה או גרושה ואין כ"מ רק לענין היקיר כהונה דקי"ל דתפסי בה קידושין ולכך לא הוי דבר ערוה ועד אחד נאמן וכן בזונה הרמב"ם לשיטתו דס"ל דגם בה"ל דתפסי בה קידושין זונה היא ובזה עד אחד נאמן לומר סתם זונה היא (ואפשר דאפי' במפרש כיון דאיסור זונה להרמב"ם אינו תלוי בתפיסת קידושין ומ"מ א"ל לזה) ועכ"פ נראה כיון דבמרדכי וספר התרומה רבותינו הראשונים אמרו בפירוש דיבמה לשוק מקרי דבר שבערוה ולא מצאנו לאחד מהראשונים שיאמר היכא דלא תפסי קידושין לא הוי דבר שבערוה אין לנו לצרף זה כלל:

ואולם בדבר דלא אתחזק כלל איסורא בזה יש מחלוקת ודברי מהרי"ק בתשובה קיון ע"ב תמוהין קצת שכ' דגבי ממון אין ע"א נאמן רק להוציא והרי אין ע"א נאמן לומר לפטור המחוייב שבועה ואינו יכול לישבע וכמבואר ברא"ש ריש ב"מ ולדעת כמה פוסקים אין ע"א נאמן לפטור מן השבועה אע"ג דהוא מוחזק וע"א אינו נאמן לומר על שטר פרוע הוא ואם הי' הדבר מפורש בתלמוד היינו דוחים כל האומרים שיש במקלחן חזקת חיוב וחזקת שטרך בידי מאי בעי וכיוצא באלו סברת כרסיות אבל בהר"ן מפורש להיפך בגיטין בהאומר בהא דהאומר לשלוחו לא וקדש לי אשה סתם (אלא שהוא ז"ל לכאורה סותר דבריו שכתב בקידושין פ"ג על מתני' אב שאמר קדשתי את בתי וא"י למי קידשתי' ובא אחד ואמר אני קידשתי' דאמר רב אסי נאמן אף לכנוס כתב הר"ן שם דאע"ג דאין דבר שבערוה פחות משנים היינו להוציא מחזקתה אבל זה שמעידה בחזקתה אלא שאומר שנתקדשה לו נאמן וצ"ל דעיקר הטעם התם משום חזקה דמירתת מן האב לשקר והלשון דחוק לפ"ז) וכן הרמב"ם ריש גיטין כתב ג"כ דאין דבר שבערוה פחות משנים אפילו בלא איתחזיק איסורא וראיתי להגאון בעל קצה"ח בספרו הנ"ל שכתב גם כן להוכיח בשמעתא וי"ו פ"ג מהך דעד המסייע דעד אחד אינו נאמן בדבר שבערוה והוסיף להוכיח מהך דסימנין וסימנין וע"א יניח יע"ש מה שחידש בזה והעלה גם כן דלא כדברי מהרי"ק ויש בכל הפרטים האלה להאריך אלא שאין הפנאי והזמן גורמים אצריך לקצר:

ועל מה שכתב מהר"י מינץ בתשובה הביאו הב"ש דעתה כיון שאין מייבמין כלל אפשר דאפי' האשה עלמה נאמן הנה הנ"ל בסימן פ"ח והעבודת הגרשוני השיגו עליו שהרי מה"ת אין עד אחד נאמן רק משום תק"ע אפקיענהו רבנן לקידושין מיניה וכיון דלהרא"ש הניחו הדבר על דין תורה ביבמה לשוק ולא האמינו ע"א א"כ איך אפשר עתה להקל ולהפקיע קידושין כן כתב הנ"ל וכיוצא בזה כתב הבעה"ג דכיון דלא האמינו ע"א ביבמה לדעת הרא"ש וכ"ה עלמה כיון שלא היה מקום פנוי שלא היה שייך לומר כיון דסכי לי' אם כן אף על פי שעכשיו בטלה הגזירה התקנה במקומה עומדת והנה הרגיש הגאון בעל עה"ג בעלמו דהא איכא כמה דהולכת ולא מתייבמת יע"כ שכתב דמ"מ כיון דמיעוטא נינהו לא פליג רבנן ולא תקנו כלום א"כ אין לנו לומר דבזה"ז יהיה ע"א נאמן ומכ"ש היא עלמה דאפילו את"ל דעד אחד נאמן מכל מקום היא עלמה ע"כ חיישינן לה אף על גב דלא חיישינן לה וכאמנת לומר מת בעלה עכ"פ חזינן דאפילו היכא דעד אחד נאמן היא עלמה אינה נאמנת וכן נראה הרמ"א ע"כ לא חש לדברי הר"י מינץ מדלא כתב דהיא עלמה נאמנת בזה"ז וכן חמש נשים שנאמנות זא"ז ולא ירדתי לסוף דעת בעל כנסת יחזקאל מה שהשיב ע"ז בתשובתו יע"ש ואין הפנאי להאריך בזה. והנה בנידון זה לדעתי על הקול המפורסים בעיר שהיתה מעוברת וכן מה שהעידו שאמר הבעל שיעשה ברית מילה וכיצד למוהל ולסנדק (חסר)

סימן צז

ישאו הרים. שלום. חיים וברכה עד עולם. לכבוד הרב הגאון הגדול. מעוז ומגדול. חריף ובקי בהדרי תורה קיני ועוקר הרים' כודע בשערים. דובר משרים' אהובים וברורים כקש"ת מוה' שלמה קלוגר אב"ד וראש המורה בק"ק ברארי יע"א:

אודות בתולה שנשאת לאיש ממדינת רוסיא ושבועיים אחר נישואיה נפטר הבעל בלי ז"ק ונודע שהיה לאביו בן מאשה אחרת וכבר קודם נישואי האח אשר נשא בזה האשה הנ"ל נלקח הנער להיות מלבא המלחמה כמשפט הארץ ההיא ומאז נלקח הנער עד עתה כמו עשרים שנה. כי כבר שש שנים יושבת גלמודה ועגונה. לא נשמע מאומה מן הנער ההוא אחיו של המת בעל האשה אם חי אם מת או המיר אם לאו' והאשה במר הילל ותשקוד על דלתי בית מדרשו להתיר מוסרות עגונה. והנה הדר"ג כי' פתח בזכות וסורש דבריו דבילדים האלה אשר בילדותם נמסרים למדינה שאין שם ישראל ועושים בהם עבודת פרך רועים ד"א בשדות ויערים וגם מאכלם כמאכלי הכפריים אשר אין הילדים הקטנים חלושי המזג יכולים לסבול וגם מהם אין רולים להגאל במאכל בד"א וירו אותו מכת מות וגם מהן מומיתן עלמם ומכל זה נראה שיש לומר בזה ספק הי'

ספק מת ולא שייך לומר אוקי אחזקת חיים דגרע משבוי שכתב התוס' לחד תירוץ גבי קטנה דאין בשבוי חזקת חיים ויש עוד ספק אולי המיר דכמו דאין חזקת חיים בשבוי לדעת התוס' כן אין שייך חזקת כשרות להכנוע בין א"י ובפרט מפני היסורין ואם המיר ידוע כי יש גאונים שאומרים שאין במומר זיקת חליצה ויבום ויש עוד ספק אולי סריס הוא וגם אולי לאו אבוה הוא ואיכא אחים מן האב · ולפמ"ש הר"ן בא"ע גבי בלים כל היכא דאיכא תרי מיעוטא מצטרפין למתרע הרוב ומפני כל הספיקות האלה אמר הדר"ג להתיר כבלי העיגון מן העלובה ההיא. והנה אציע לפניו את מעולה על רוחי בדברי קדשו לשאת וליתן בהם הנה על הספק אם חי או מת דלדעתו אין להם חזקת חיים מטעם שכתב לעיל ע"ז אנוכי מבחוץ ואיככי יכול לדבר מאומה אף כי כדמה לי כי על כל פנים יקפיד המלכות על חייהם יען המה אנשי מלחמתו:

ואולם מעלת גאונו כ' מצפנים ולא אוכל לדון בזה ואבוא רק על הספיקות האחרות אשר העיר הדר"ג כ' הנה מחלוקת הגאונים במומר אם זוקק ליבום וחליצה מבואר בתה"ד ובמהר"י מינץ גם בתשובת ר"א מזרחי ומבואר שם בארוכה כי לדעת רש"י כשם שמומר שקידש הוי קידושין ה"ה דזוקק ליבום ודעת הגאונים דנהי דהוי קידושין מ"מ לא קרינן במומר כי ישבו אחים יחדיו ואינו בר הקים שם לאחיו · ומהר"ם ר"ב החזיק דעת הגאונים מהך דאיתא בהגוזל אלא מעתה יבמה לפני מ"ש תיפוק בלא חליצה ומשני דאפ"ה טב למיתב ע"ד שנפלה כו' וכתב מהר"ם דכיון דבמומר א"א לה למיתב עמו כלל נפקא בלא חליצה וכבר זה כמה שנים כתבתי בתשובה אחת דרש"י לשיטתו דמפרש שם בב"ק דטב למיתב ע"ד קאי על הבעל שנושא אותה כי ניחא לה להיות עמו אעפ"י שאם ימות בלא ז"ק איכה חוששת כיון שעתה יש לה בעל ולא ניחא לי' לרש"י לפרש על היבם שניחא לה בלוותא דידי' אעפ"י שהוא מ"ש דהרי לא שבקינן לה למידר עמו רק בסהדי מפני שממיקתו כדאיתא בסוף המדיר וליכא לוותא דבעל לומר עלה טב למיתב ע"ד כי רולה אשה בקב ותפלות וכו' ומהר"ס נראה מבואר מדבריו שמפרש טב למותב ע"ד קאי על היבם שניחא בלוותא דידי' גם אם יהי' מ"ש ולכך כתב דבמומר ליכא לוותא כלל · גם לפ"ד התוס' נראה דקושי' הגמרא שם הוא רק בארוסה וע"ז כבר עמד בהגהות מרדכי דיבמות וראיתי בדברי הדר" כ' בסוף דבריו שיש לפרש בשינויא דמשני שם בב"ק שני דרכים או דקאי על ישיבתה עם הבעל הנושא אותה או על היבם רק שלא הזכיר דתלי' במחלוקת רש"י ומהר"ס ואולי בתשובתו כתב מזה וראיתי שכתב להכריע דקאי על היבם מדלא מקשי תלמודן שם בב"ק מכל יבמה שאין ידוע מקומו של היבם וכאבד לא נודע איפוא הוא תהיה מותרת לשוק בלא חליצה אלא ע"כ דהמקשן לא הקשה כן משום דלא הקשה רק מומעשים בכל יום שאין פוטרין בנפלה לפני יבם מ"ש בולא כלום. וע"ז משני טב למיתב טן דו כו' ואם כן כהי דמוכרח מכח מעשים בכל יום בנפלה לפני מ"ש דזקוקה לו הייכו משום דעל כל פנים איכא קלת לוותא ואמרינן בה טב למיתב טן דו אבל בשאין נודע כלל הדרינן לסברת המקשן דפטורה בולא כלום מכח אומדנא אלו תורף דבריו. והנה וודאי דלא למעשה אמר מר כמבואר בדבריו ומ"מ גם עלהו לא יבול ואמרתי דלפ"ד רש"י שפירש דהך טב למיתב טן דו קאי על הבעל לאמר מפני לוותא דידי' לא תחוש גם אם אולי תפול לפני מ"ש דלא שייך בי' טב למיתב ע"ד כיון שהיא כריכה לדור עמו בעדים אין ראי' לחידוש דין כזה לחקל באם לאבד היבם. **ואולם** לפענ"ד אין קושי' תלמודן בב"ק ביבמה שנפלה לפני מוכה שחין מכח מעשים בכל יום מהא דאיתא פ"ק דיבמות דף ד' עמוד א' מנין ליבמה שנפלה לפני מ"ש שאין חוסמין אותה שנאמר לא תחסום וסמיך לי' כי ישבו אחים יחדיו הרי להדיא דזקוקה עכ"פ אליו לחליצה דאל"כ לא שייך חיסום כמובן:

והנה בתשובת מעיל לדקה סימן א' וב' שם עמד הגאון מוהר' אברהם ברודא ז"ל בקושית הגמ' בב"ק דתיפוק בלא חליצה דהרי כופין אותו לחלוץ וכו' אלא וודאי דקושית הגמ' אגופא דקרא ל"ל הסמיכות פשיטא שכופין אותו לחלוץ דאל"כ תיפוק בלא חליצה וע"ז משני טב למיתב ע"ד ומש"ה לריך קרא שאין חוסמין אותו ויע"ש מה שהשיב עליו המחבר בעל מעיל לדקה בדף ה' ע"ג וע"ד בדפי הספר · ולפע"ד הייתי רולה לומר דקושי' הגמ' בב"ק בנפלה לפני מ"ש שאין ראוי לחלוץ כמו בר אבין ובר קיפוק או חרש או אלם דליכא חליצה כלל ולא שייך למימר דאין חוסמין אותה · ונראה כי שני הגדולים שם במעיל לדקה שמיאנו בזה משום דא"כ בכל הכך ששנו חכמים בהם דחולצות ולא מתייבמות לפרוך דאם איכם בני חליצה לפטור בולא כלום ואם כאמר אולי באמת כן הוא א"כ גם ממוכה שחין אין קושיא אולי באמת כן הוא והלא בזה לא שייך לומר מעשים בכל יום שיהי' מ"ש וגם אלם או חגר וע"כ מפשוטא פריך בלבד וכמו שכתבו הגאונים שם בתשובת מעיל לדקה יע"ש:

והנה קשיא לדעת מהר"ס ממתני' דריש פ' חרש דתנן שני אחין א' פקח וא' חרש נשואין לשתי אחיות א' פקחת וא' חרשת · מת פקח בעל פקחת מה יעשה חרש בעל חרשת מוליא את אשתו בגט ואבת אחיו אסורה לעולם ומוקים ביבמות דף ק"י ע"ב בחרש מעיקרו ולא אמרינן דאדעתא דהכי לא נתקדשה שתהי' זקוקה ועגונה לעולם אף על גב דליכא לוותא כלל ובוודאי רחוק לאוקמי מתני' דווקא בהתנה בפירוש שאף אם ימות בלא זרע לא יתבטלו הנשואין או שלא היה החרש נשוא אז החרשת אחות הפקחת כי בכל אלה לא היה התנא פסיק ותני דאשת אחיו אסורה לעולם. אשר ע"כ נראה כי על כן לא נחלק מהר"ס על רש"י והתוס' רק משום דאיכא דעת הגאונים דס"ל דבלא"ה אפי' לא שייך אומדנא מומר אינו זקוק לחליצה ויבום כמבואר בדברי הפוסקים לזאת היה מהר"ס סובר להלכה דיש לפטרו מזיקת יבם מומר דהוי כעין ספק ספיקא אולי הפירוש דטב למיתב ע"ד קאי על היבם (ודלא כרש"י) ואת"ל כרש"י דלמא הלכתא דמומר אע"ג דנתקדשה אדעתי' דתפול קמי' אפ"ה איננה זקוקה כדעת הגאונים אבל היכא דאין לצרף דעת הגאונים אף מהר"מ מודה דאין להתיר כלל והנה מבואר דאם נשתמד בקטנותו לא חשיב מומר כלל כמו שהביאו הב"ש בסי' קכ"ז ובתה"ד סי' רכ"ג בסופו ביאור הדברים והילק אם עומד בהמרותו כשהוא גדול יע"ש · ואולם בזה שנלקח בקטנותו והדר"ג חושבו לאונס והנהו עוד באונסו ברור דאינו בגדר מומר כלל שדברו בו הגאונים והבאים אחריהם לצרף דעתם הייכו במומר מרלונו או תחלת באונס וסופו ברלון דהייכו ביכול לחזור · אבל זה שנלקח בקטנותו והוי כתינוק שנשבה ועודנו בשביו וכ"ש שאין אנו יודעין אם המיר כלל אין לצרף קולא מפני זה:

ואשר אמר הדר"ג כ' עוד דאיכא לצרף דעת הר"ן דהיכא דאיכא תרי מיעוטא איתרע רובא וכאן איכא תרי מיעוטא שמא הוא סריס ושמא לאו בני אב א' הן והנ' הדר"ג כ' הקשה על הר"ן האיך התירה התורה ליבם היכא דבני אם אחת נינהו אולי א' מהם לאו אביו הוא וזה לדעתו הרמה תרי מיעוטא (וזה אינו מוכרח לפע"ד רק חדא ספיקא דלמא לאו בני אם א' הן) ושוב תברא לגזוזי' דאיכא למימר דחשיב לא אפשר מאח"כ במכה אביו חשיב אפשר דלא יומת (וקלת לא משמע כן ברש"י שם בסוף סוגי' דלא מנלא רש"י שם ראי' דאזלינן בתר רובא דליתא קמן רק משום לא פלוג או הלמת"ס משמע דליכא לימוד ממכה אביו דג"כ חשיב לא אפשר) ואולם לכאורה הרי במכה אביו גופא איכא לפי תלמודן שם תרי מיעוטי דלמא לאו אבוה ודלמא עדי טריפה הן והוי עדות שאי"ל ולפע"ד נראה ברור דהר"ן לא אמר דחיישינן לשני מיעוטי רק בכה"ג דהתם דאיכא מיעוט עופות טמאים ומן הטהורים עוד כגרע דיש ביניהם וודאי מיעוט טריפות כמלא דאין לומר רוב בלים מותרות דאיכא תרי מיעוטי בלים אסורות בבירור מאח"כ כאן דל"ל דוודאי איכא דלאו אבוה ומאותם שהם כשרים בני אבותם וודאי איכא סריסים כיון דכנגד כל אדם איכא רוב גמור ואינו כנרע בבירור מן המיעוט

וכיולא

וכיולא בזה כתב הרשב"א במסוגית הבית (דפוס ברלין דף ה' ע"א מסופו) דלכך חוששין בהלך בעלה ולרתה למד"ה דאסורה לשוק אף לרבנן לדעת הרי"ף ושיעתו דמיעוט איכו מתעברות ומאותן דמתעברות איכא מיעוט דמפילות ולכך אף לרבנן חוששין כיון דנגרע בבירור מן הרוב ומה לא שייך במיעוטא דלאו אבוה ומיעוט דסריס דאין שייך לצרפן כיון דאיכא לנגד כל אחד רוב גמור ואין בירור שיש שני המיעוטין יחד לעולם אף על פי שיכול להיות אבל איכו ברור כמו בבלים דוודאי יש במיעוט טהורים מיעוט טריפות ומהך דברכות לר' יוסי במהלך חוץ לעיר איכו ראיה למקום אחד דלענין ספק ברכות מקילין מאד שלא לברך והכריח בעל מכתם לדוד בריש ספרו בראיות דאפי' יש ס"ס לחייב לברך אין מברכין. הנה הולעתי לפני הדר"ג כי' את אשר עם לבבי בזה ואת אשר יבחר יקרב: דברי ידידו או"כ דש"ת הקטן מאיר א"ש:

סימן צח

שלום וכל טוב לאהובי בני ה"ה התירני והרבני המופלא ומופלג תורן ושנון. וריח לו כלבנון. לפני שמש שמו ינון. כש"ת מהו"רר מנחם א"ש כי' בק"ק ליטקא יע"א:

אשר הקשית אהובי בני על דברי התוס' יבמות דף ב' ע"ב ד"ה או שכתבו דהסוא דקטן וקטנה לא חוללין ולא מייבמין איירי בדקבלה עלוי' וקשה מאי הקשה הגמרא לקמן דף ס"א ע"ב דהאיך יסבור ר"א כר"מ דקטנה איכה מתייבמת הא תניא ר"א אומר קטנה מתייבמת ולא חוללות דלמא איירי בדלא קבלה עלוי' ומתייבמת ממה כפסק יש להשיב ולומר מדפסיק ותני מתייבמת משמע בכל ענין אפילו בדקבלו עלוי' (**אב"ה** קושיא זאת הקשתי בלמדי מסכתא יבמות אחר זה נדפס ספר אהל דוד מן אאזמ"ו הגאון זל"ל והקשה קושיא זאת לקמן דף ס"א יעש) או דהס איירי דלא קבל עליה א"כ אמאי קתני כלל מתייבמות פשיטא דהס איירי בדקבלה קמ"ל דלא חיישינן למיעוטא אבל השתא לא קמ"ל מידי ואם אע"ג דלא ראוי להקשות שם בזה לא מליכו פלוגתא גם אפשר דדייק מדקתני מתיבמות משמע ככל תורת יבמה דהיינו אפילו בעל כרחה ואם חייש ר"א למיעוטא ורק משום דלא קבלה מתיבמת ממ"כ לא היה קונה אותה בע"כ וקושית התוס' הוא מדקתני לא תתייבם משמע וודאי דלא תתייבם כלל וקלת היה נראה לומר דאת"ל דחוששין למיעוטא וכמלא מיעוטא כמאן דאיתא דמי א"כ עכ"פ אם בעל היה ראוי לומר דבעל לשם קידושין שלא יעשה בעילתו בעילת זנות דהרי כל עיקר שכתבו התוס' דאין לחוש שבעל לשם קידושין יותר מקדשה על תנאי דבשאר דברים אסיק אדעתיה לבעול לשם קידושין משא"כ באיילונית דהוי מיעוטא וזה לדידן דלא חיישינן למיעוטא אבל למ"ד דחיישינן למיעוטא א"כ ראוי לו לחוש ולבעול לשם קידושין ומתכיתין דלא כר"מ דחייש למיעוטא ועיקר קושית התוס' מדקתני ר"מ לא תתיבם משמע אפי' מן האירוסין ודיוקא דלקמן להיפך מדקתני מתיבמת משמע אפילו מן הכשואין כך עלה בדעתי אבל באמת נראה דדעת התוס' דגם לר"מ אין איילנות לריכה גט אפילו בבעל שהרי הוכיחו כן ממתכיתין דהמוליא אשתו משום איילונית ומשמע התם דת"ק דמתכיתין דהתם הוי ר"מ ול"ע (**אב"ה** הנה הא דמוקי שם הש"ס בגיטין היינו לשמואל דמתרץ איפוך ות"ק דר"י הוא ר"מ אונס לאביי ורבא דאמרו לא תיפוך וחכמים הייכו ר"א ואם כן שפיר הקשו התוס' ולר"מ באמת י"ל כמ"ש אאמ"ו הגאון זל"ל):

ומה שהקשית על הב"ש סימן קכ"ה סעיף קטן כ"ג דס"ל דאם היה לקטנה שערות קודם הזמן ואחר הזמן בדקנוה ולא היה לה רק אלו השערות לא חיישינן שמא נשרו וקשה לדבריו מיבמות דף י"ב ע"א דאמר שם רב זביד דמשו"ה לא מליכו חמותו ממאנת משום דאין בנים בלא סימנים ובדיקה לא מהני דחיישי' שמא נשרו ולדברי הב"ש הא איכא למשכח חמותו ממאנת דבדקנו קודם ומלאו שערות ואחר הלידה בדקו ומלאו רק אלו השערות ומה לא חיישינן שמא נשרו. היא קושיא ראוי ואף שיש לדחוק ולומר דבנים עדיפא דחיישינן אף בכה"ג שמא נשרו הדבר דחוק מאוד ויותר יתכן לומר דתליא בחקירה זו איך כוונת ר"ז באומרו אין בנים בלא סימנים דלדעת רש"י דס"ל תוך זמן כלאחר זמן והתוס' כתבו דאף אם תוך זמן בעלמא כלפני זמן מ"מ הבנים ראיה שהיא גדולה והנה לדעת התוספות יתכן לומר דאף קודם שנת י"ב אפשר שתתעבר ותלד ותהא גדולה וקודם זמן דרבה בר ליואי הייכו קודם שנה שלפני גדלות וכמ"ש מהרש"א (אף שדבריו תמוהים לפע"ד במ"ש דזה שתתעבר ותלד ותהיה גדולה דא"כ קשה קושית הראשונים הרמב"ן ושיעתו איך לא חיישינן בכל קטנה אולי אם היתה נשואה היתה יולדת ותירלו דהוי מיעוטא דמיעוטא ולדברי מהרש"א ל"ע) ולפ"ז איכא למימר דאין השערות שקדמו ראיה מדלא נשרו בעודה קטנה אדרבה הלידה ראי' שהיתה גדולה מזמן בוא שערות ראשונות א"כ תאמר שבאו לה השערות בעודה קטנה מאוד שא"א להסתפק עליה כלל שהיא גדולה ועל שערות כאלו לא אמר הב"ש שהם כאחד מחלקי גופה ולדעת רש"י נראה שאין בנים כלל בלא סימנים וכדעת הי"מ שהביא הרמב"ן דאל"כ הרי יקשה לדעתו מ"ש התוס' דהיא גופא מכין לו להמקשן להקשות ותירולם דאם לא כן לא היה כ"מ בין ר"ם לר"ז לא שייך לרש"י דהרי יש נפקא מיניה גדולה ביכיהם לקודם י"ב וכן אם תוך זמן כלאחר זמן:

והנה הה"נ הקשה לדעת הרמב"ס דס"ל דמיד שהוכר עוברה אם אמר אם ילדה אשתו נקבה תהיה מקודשת הרי זה מקודשת והקשה הה"נ דאם כן מלאנו חמותו ממאנת דהרי הוא ז"ל ע"כ ס"ל דיכולה להתעבר בקטנותה מדקאמר בהלכות אישות בת ממאנת רק דס"ל דמשעת לידה הוי גדולה וא"כ אכתי משכחת לה שנתקדש העובר יע"ש בפ"א שנדחק דאכתי בשעת מיאון לא הוי חמותו וודאי. ולפענ"ד נראה עפי"מ שפסק הרמב"ס בפרק ז' מהלכות עבדים הלכה ז' דהאומר לשפחה מעוברת הרי את בת חורין וולדך עבד דבריו קיימין ואם אמר הרי את שפחה וולדך בני חורין לא אמר כלום שזה כמו שיחרר חלי. והראב"ד השיג עליו ממ"כ דאם עובר ירך עמו ריסא אמאי מועיל ואם לאו ירך אמו בסיפא אמאי הוי כשיחרר חליה והלח"מ והמ"ק בהלכות עבדים כתבו דדעת הרמב"ס דהאם אין נגררת אחר העובר לומר שאם שיחרר אותה מגלי העובר שתהיה כמשחרר חלי עבדו אבל העובר נגרר אחר אמו שאם שיחרר את העובר בלבד הרי הוא כמו שיחרר חליו והנה כל עיקר דהמשחרר חלי עבדו לא קנה מאשה ילפינן מה אשה חלי לא אף עבד חלי לא מעתה תקשה על הרמב"ס דאם א"א לשחרר העובר במעי אמו מפני שהוא כמשחרר חליו איך אפשר לקדש העובר במעיה ולא הוי כמקדש חלי אשה וא"א לחלק כיון דמהדדי ילפינן אע"כ דהרמב"ס לא קאמר שיחולו הקידושין מעתה בעוד הוולד בבטן כ"א לכשתלד חיילא הקידושין מכאן ולהבא וזה שייך בקידושין דהאב יכול לקבל הקידושין שיחולו לאח"ז כמו המקדש אשה לאחר למ"ד יום אבל בשיחרור ז"א דהרי באמת אין העבד יכול לקבל גט לחברו מרבו שלו ומ"ד דיכול לשחרר עובר במעי אמו אוקמינן בפ"ב דגיטין מטעם דעובר ירך אמו והמשחרר חלי עבדו קנה וכיון דקי"ל דלא קנה א"כ איך אפשר לשחרר דעכשיו הוי חלי עבד ולכשתלד איכו ירך אמו ולפי"ז א"א כלל להיות בשעת מיאון חמותו:

דף ט"ו ע"ב תוס' ד"ה למאי כ"מ הקשו ק"ק דלמאי נקט וולד מחזיר גרושתו דהוי ליה למיפשט וולד יבמה גמורה לשוק לב"ה דקאי בה. ויתכן לתרץ קושייתם עפי"מ שנסתפק הרי"ף לקמן בפרק החולץ אם נכרי ועבד הבא על בת ישראל לדידן דקי"ל דהוולד כשר אם פגום לכהונה והראב"ד והרא"ש כתבו דאין כאן ספק דוודאי פסול דהרי יש כאן ק"ו מאלמנה לכהן גדול מבלי פירכא דהרי היא עלמה מתחללת וכמבואר בסוגיא והרמב"ן בספר הזכות כתב דאיכא למימר

דווקא דומיא דאלמנה לכה"ג שקידושין תופסין וזרעו מתייחס אחריו הוולד פגום לא בנכרי ועבד שאין קידושין תופסין ואין זרעו מתייחס אחריו כרחה ביאור דבריו כמו דלענין ממזירות אמרינן דבעינן דומיא דאשת אב שקידושין תופסין ויש גורסין שזרעו מתייחס אחריו כמבואר ברשב"א לא בנכרי ועבד דהוולד כשר אפילו מא"א אפשר דה"ה לענין פגום לכהונה בעינן דומיא דאלמנה. ולפי"ז קשה לכאורה לפמ"ש התוס' בדף מ"ע ע"ב בראשו בשם ר"ת דיתכן דיבמה לשוק אע"ג שאין קידושין תופסין הוי כמו נכרי ועבד דהוולד כשר מפני שאין לה קידושין בשום אדם דאף ליבם אין לה רק ביאה ולפי"ז איך אפשר כאן לפשוט וולד מחזיר גרושתו מיבמה לשוק דאף את"ל דוולד יבמה לשוק כשר היינו משום שאין לה קידושין לשום אדם והוי כמו נכרי ועבד דהוולד אפשר דאינו פגום לכהונה משום דאין לה קידושין לשום אדם ולא דמי לאלמנה לכהן גדול משא"כ במחזיר גרושתו אפשר דהוולד פגום לכהונה כיון דהוי דומיא דאלמנה לכה"ג דקידושין תופסין בה. ונראה דשפיר איכא למיפשט דהרי ב"ש ס"ל דמאמר קונה מדאורייתא ביבמה ליבם וכמ"ש התוס' בדף כ"ט כמלא דלב"ש הוי יבמה בת תפיסת קידושין דהרי כל עיקרו של ר"ת דאמר דיבמה לשוק דומיא לנכרי משום דגם ליבם אין לה אלא ביאה וזה אינו לב"ש ולפי"ז ניחא דהוצרך לומר בסוגין דכ"מ למיפשט וולד מחזיר גרושתו דוולד יבמה לשוק לדידן ליכא למיפשט מוולד יבמה לשוק לב"ש דאף אם לב"ש הוולד פגום מק"ו דאלמנה מ"מ לדידן אפשר דהוולד כשר כיון שאין לה קידושין לשום אדם לדידן דקי"ל כב"ה דמאמר אינו קונה אבל וולד מחזיר גרושתו שפיר איכא למיפשט ומתורץ קושית התוספות :

על קושית הראשונים ביבמות דף כ' ע"א שהקשו על הא דפריך הגמרא קפסיק ותני מאלמנה לכהן גדול ולא פריך משאר ח"ל אמרתי דאפשר ליישב עפי"מ שכתב הרשב"א ליישב קושית התוס' דאמאי ניחא ליה אלמנה מן הנשואין דאם מד"ת אינו עולה לייבום אף חליצה נמי לא תבעי ותירץ הרשב"א דגזרינן משום שאר ח"ל אבל ח"כ בח"ל לא מחליף יע"ש. והנה התוס' הקשו לעיל לר"ע אמאי לא אתי עשה ודחי לא תעשה ותירץ הרשב"א ומו"ח כי' הביא כן בשם תוספי הרא"ש די"מ דקים ליה דר"ע סובר כרבי דיליף מן ולקח ולקחה ולזה אף ח"ל דלא תפסי קידושין אינו עולה ליבום. והנה רש"י פי' במתניתין על גרושה שעבר אחיו ולקחה ול"ע קלת אמאי פירש כן ולא פי' שלקחה בהיתר וכגון שהיה חלל וכהיא מתני' דאסורות ליבמיהם ומותרות לבעליהן. ורציתי לומר משום דקשיא ליה כל הכי דחשיב ל"ל. וכבר עמד על זה בתשובות שור בליקוטיו וניחא ליה דתנא בעי למיקטם אגב אורחיה דלא כר"ע דאמר קידושין תופסין בח"ל מן אלמנה לכהן גדול אין כאן הכרח כלל דאת"ל דילפינן מן עליה ולא כרבי איכא למימר דאף לר"ע זקוקה לייבום משום דאתי עשה ודחי לא תעשה לכך תני משנה יתירא דמן הסתם מיירי באחותא דהיתירא ושניהם כהנים וישראלים מיוחסים אים כאחיו ואפ"ה זקוקה לחליצה ויבום ומוכרח דלא כר"ע דלר"ע לא היה קידושי אחיו תופסים ולא רמיא קמיה. ואולם אם נתרץ הא דחשיב מתני' כל הכי באופן אחר או כדברי הת"ש או משום דאורחי דתנא למינקט תרי ותלתי גוונא ומליכו כי"ב א"כ שפיר איכא לאוקמיה מתניתין כר"ע ומיירי באופן דמותרות לבעלה ואסורה ליבמה כולה מתני' מעתה את"ל דר"ע כרבי ס"ל ואין ח"ל זקוקים ליבום מ"מ לפי הס"ד דאלמנה מן הנשואין אע"ג דמד"ת פטורה מן החליצה מ"מ צריכה חליצה משום גזירה אטו שאר ח"ל אף את"ל לר"ע אם היה במלא ח"ל שצריכה חליצה ראוי היה להצריך כל ח"ל חליצה משום גזירה זו מ"מ ח"ל אטו ח"ע ליכא למיגזר כמו דלא גזרינן ח"כ אטו ח"ל. והנה ריש פרק ה"כ מבואר לר' סימאי לר"ע מן הכל עושה ממזר חוץ מן אלמנה לכהן גדול יע"ש. ולפי"ז ניחא דאם לא קפסיק ותני והוי מצינן לאוקמיה מתני' באלמנה מן הנשואין בלבד לא הוי קשיא כלל דהוי מוקמינן מתני' כר"ע דאמר אין קידושא תופסין בח"ל ומיירי מתני' באופן דהיו מותרות לבעליהן וכמובן ניחא כולה מתני' דאלמנה מן הנשואין אע"ג דקידושין תופסין הרי אין עשה דוחה לא תעשה ושאר ח"ל אין קידושין תופסין ומ"מ צריכות חליצה משום דגזרינן אטו אלמנה מן האירוסין דהוי ח"ל אבל השתא דפסיק ותני קשיא מ"מ אי ר"ע ואי רבנן דא"ל רבי יסבר הוא ועמיה דכפשיה קאמר א"כ אף חליצה לא תבעי ׳

דף כ' עמוד ב' תוספות ד"ה מיתבי תיובתא דרבא גופא: מותיב מהך ברייתא והשתא איתותב מינה. ונראה על פי מה שכתבו התוס' ביבמות דף ד' ע"ב בסופו בד"ה אפילו לומר לפשתן ופשתן לצמר כתבו דאפילו חוטי לבן של פשתן פוטר בשל צמר משום מגו דמגו נראה כוונת דבריהם שבאו לדחות וכו בזה סברת הי"מ שהביא הרשב"א בחידושיו דתנא דבר"י ע"כ מדפטר פשתן בשל צמר ע"כ לית ליה דר"ל דאמר כל שאפשר לקיים שניהם אין עשה דוחה את לא תעשה והוא סברת הרמב"ן בחידושיו בהאות והתוס' כתבו הטעם משום מגו אבל בעלמא כל שאפשר לקיים שניהם איכא דוחה. והנה סברא זו דמגו איכא פשוטה כ"כ דהרי איבעי לן במנחות דף ל"ע ע"ב אם חוטי פשתן פוטר בשל צמר ומעתה את"ל דאין זו סברא ולא אמרינן מגו ע"כ תנא דבר"י לית ליה ור"ל וכדברי הרמב"ן ולפי"ז איכא למימר דרבא לא הוי ס"ל סברא זו דמגו ומוקי לברייתא כתנא דבר"י ואיהו הא ס"ל כרבנן שם במנחות יע"ש אבל סתם תלמודן סובר דאמרינן מגו וסברת ר"ל דהיכא דאפשר לקיים שניהם אתיא ככ"ע ולכך מותיב שפיר תיובתא לרבא :

וביותר י"ל על פי הסוגיא בנזיר דף כ"ח ע"א דבעי למימר דמאן דמוקי ראשו לקתם מלורע ומאן דמוקי בנזיר מלורע פליגי אם הקפת כל הראש שמה הקפה ודחי רבא דכ"ע הקפת כל הראש לא שמה הקפה והכא בהקיף ולבסוף גילח. ונראה מבואר דרבא דס"ל דמאן דמוקי קרא לסתם מלורע ס"ל דקרא אתי להתיר אע"ג דמקיף ולבסוף גילח אע"פי שאפשר לקיים שניהם ומאן דמוקי לה בנזיר מלורע ס"ל דיותר איכא לאוקמי קרא בנזיר ומלורע מאשר כאמר דאתי לגילח ולבסוף הקיף וכם ג"כ פריך תלמודן מדר"ל דה"א לאוקמי קרא להיכא דא"א לומר דאתי קרא להתיר היכא דאפשר לקיים שניהם עכ"פ לרבא חזינן דמוקי תנא דס"ל דמתיר הקיף ולבסוף גילח אע"ג דאפשר לקיים שניהם וא"כ איהו מוקי הך ברייתא דאם בעלו קנו כהאי תנא דמוקי ראשו להכי ואיהו ס"ל כאידך תנא באמת כי יש לתמוה קלת על שלא תירלו התוס' כן ואולי היו סוברים דאף להך תנא דמוקי ראשו להקיף ולבסוף גילח אינו מוכרח מראשו רק בלאו שאינו שוה בכל ולא בלאו השוה בכל אבל אין זה קושיא כ"כ. ועוד בזה י"ל לפמ"ש בסוגיא דעלי' דתליא אם אשה מקיף את הקטן עוברת אעפ"י שאין הניקף עובר מגלא דלאו דלא תקיפו ג"כ שוה בכל ויש אריכות בזה :

עוד אמרתי ליישב קושית התוס' הלזו עפ"י מה שנסתפק הפ"ד באלמנה מן הנשואין לכהן גדול ועבר ובא עליה אם חייב כרת. והשעה"מ האריך בזה וכתב דתליא במחלוקת והקשה לדעת הסוברים דאין בה כרת א"כ מאי פריך מהא דאם בעלו קנו דהרי לפ"ד המהרש"א לגבי עלונה מועיל הקידושין ולריכה גט ולא פליגי אלא בצרתה ולפ"ד שם במה שתירץ וכן מדברי המהרש"א משמע קלת כן דס"ל דאם זקוקה אליו ח"ל ועשה דמועיל מלד קידושין. ולפע"ד היה נראה פשוט דיבמה קודם חליצה כל שהיא זקוקה אין בה ענין כלל לקידושין דביאה גומר בה וכדמשמע בדברי התוס' סוף פרק החולץ כן אמרתי בלמודינו בחודש שבט סוגיא זו ועתה הגיע לידי ספר אבני מילואים וראיתי שגם הוא ז"ל כ"כ מהך ראיה. ועוד דקדק כן מדברי הכימוקי יוסף יע"ש בסימן קע"ד ולפי"ז לדקו דברי רש"י שכתב דאם מה"ת אין עשה דוחה את הלא תעשה היא עלומה ג"כ אינה לריכה גט כיון דאין קידושין שייך ביבמה ואע"ג דאין בה כרת אלא דיש לעיין כיון דעכ"פ פקע איסור כרת אם כאמר כן וככד הא של הפ"ד אם כהי דעבד איסורא מ"מ מפני מה לא קנאה אם פקע איסור א"א אבל נראה דיתכן עפ"י מה שכתב

הנודע ביהודה תניינא באה"ע סימן נו"ן דומ"ה ח"ל כולם תפסי קידושין ולא שייך אי עביד לא מהני כיון שאין איסור בקידושין (מלבד איסור כהונה דפריך ושני להו התם) והשואל רצה לומר דעל כל פנים א"א לקדש ח"ל בביאה. והגאון דחה דבריו כיון דהנישואין אפשר מבלי איסור בכסף ובשטר לא שייך לומר אי עביד לא מהני כמו בהשוחט בשבת או דאיתקש הוויית להדדי יעויין שם:

והנה כל זה שייך באשה דעלמא אבל ביבמה כיון שאין שום קנין אחר אלא ביאה שייך שפיר לומר אי עביד לא מהני. והנה בסוגיא דגיטין אמרתי ליישב דברי הרמב"ם דדעתו לפמ"ש הלח"מ לפסוק כאביי דאם עביד מהני אע"ג דכללא דהלכה כרבא ואמרתי דאיכא לישנא אליבא דרבא ולפי"ז ניחא דסוגין פריך מהך אם בעלו קנו משום דסוברת אי עביד לא מהני ופריך שפיר דאם חשיב אפשר לקיים שניהם אמאי אם בעלו קנו אבל רבא עצמו אולי היה סובר כאן דאע"מ וא"כ אף אם אין עשה דוחה את לא תעשה מ"מ אם בעלו קנו והיינו אם אין כאן מיעוט בפירוש אבל לר"ג דמיעט להדיא הכתוב סובר רבא דראוי להיות דאם בעלו לא קנו. והנה בהא דמשני רבא לפני זה דאלמנה מן האירוסין גם כן עשה ולא תעשה ופריך ממזרת ומשני והתקדשתם קשה ג"כ דא"כ פלוע דלא נמי עשה ולא תעשה וא"כ מאי שני רבא וקושית התוס' ודוחק לומר דזה באמת קושית התלמוד א"ה כל התורה וכו' דאין הלשון משמע כן. ואולם אולי אפשר להביא מכאן ראיה לדעת הרמב"ם שכתב דגם בחייבי עשה אם בעלו קנו. ותמה עליו הים"ש דכיון דמה"ת אין עשה דוחה עשה אמאי אם בעלו קנו והנו"בי קמא סוף ספרו כתב דבחייבי עשה דווקא לכתחלה שייך לומר דלא דחי דמאי אולמא דהאי עשה אבל אם עבר לא שייך לומר דלא ניקנו דאמרינן להיפך מאי אולמא דהאי עשה מעשה דיבום ודבר זה צריך ראיה ומכ"ש בם נאמר דיש סברא דאם אין ראויה לייבום דיש בה איסור א"א ויתכן דיש להוכיח כן דהתוס' בד"ה אמר קרא והתקדשתם כתבו דאף על גב דהאי עשה איכא נמי במצות יבום מ"מ אין תרי עשה דוחה לא תעשה ועשה והלא ידוע דעת הריב"א דסובר דכל היכא דאיכא עשה לנגד עשה ול"ת אע"ג דלא דחי מ"מ מלקות אין כאן דהלא תעשה נדחה ולא נשאר רק העשה בלבד ומעתה אם יש ביבום תרי עשה בח"ל וממזרת ופ"ד וכה"ג עשה ולא תעשה חד עשה דיבום דוחה הלא תעשה ונשאר עשה נגד עשה. ולפי"ז ניחא דעל ר"ג דיליף מקרא פריך שפיר מאם בעלו קנו. אבל לפי מאי דמשני דהוי עשה ול"ת לא קשיא ליה כיון דאיכא גם ביבום תרי עשה חד עשה דוחה הלאו עשה דיבום נגד העשה דח"ל ולכתחלה אינו דוחה דמאי אולמי דהאי וכו'. אבל אם בעלו קנו משום דאמרינן להיפך מאי אולמי וכמ"ש הנו"בי אליבא דהרמב"ם:

סימן צט

ושייך לאחר סימן צג

בעזרת השי"ת אור ליום ה' ה' שבט תרי"א לפק"ק אונגוואר יע"א:

החיים והשלום וכל טוב לכבוד הרב המאור הגדול המופלא ומופלג במעלות ומדות. מדובר בו נכבדות. כקש"ת מוהר"ר משה רובינשטיין נ"י הרב דק"ק טשאנגראד יע"א:

מכתבו הגיעני והנה הוא דורש ממני לחוות דעתי העני' אודות איש אחד אשר בשעת נישואין עם אשתו כתב בשטרות שאם נפטר אחד מן הזוג יתנהגו על פי חוקות ומשפטי המדינה (לאנדעס גזעטצע) והנה הבעל מת מבלי זרע חיימא נשמע כי ימצא בכתביו לווה החתום מעכ"ת נ"י וראשי ועוזי העיר בחותמם את עזבון המנוח. ואולם האלמנה באה עם פיסקאל ופתחו החותמות ולקחו את הכל לרשותם ותחת ידה ותאמר כי אין כאן שום לוואה וכל אשר הניח מגיע לה על פי תוקף השטר אשר בידה שנעשה על פי חוקי ומשפטי המדינה אבל לאשר פחדה האשה פן לא יחלצו לה נתפשרה עם האח הגדול שבאחין של המת כי תחזיר הבית והשדות ליורשי המת והוא יחלוץ לה בקעטשקעמעט. ועתה יצא ערעורים רבים אשר סך כזה לא עלה על דעת אדם שיהיה המנוח חייב גם אבי מת מערער ומעכ"ת נ"י כתב כי על עסקי דבר שבממון איננו דורש כלל רק על ד"ת לענין החליצה אם יחלוץ הגדול שהתפשר והתחייב עצמו בקנס אלף זהובים כסף מצד העובר וזה מצד שלש טענות כי היבם יש לו אשה ומבואר בסימן קס"א ס"ק ו' דאם יש לו אשה חליצת קטן עדיפא שנית הנה האח ההוא הוא אטר רגל ומבואר כי הרמב"ן פסק דאטר רגל אין לו תקנה כלל שיחלוץ וגם הרשב"א הניח בצ"ע וגם האחרונים אינם שוין באיזה אופן יחלוץ האיטר אם בשני רגלים בב"א או בזה אחר זה ויכוונו שלא תהיה החליצה רק באותו הרגל שהדין לחלוץ בו א"כ הלא נכון יותר שיחלוץ הקטן ממנו בשנים וזאת שלישית מפני הקנס שקיבל עליו וצריך לכתחלה לפטור הקנס שלא תהיה חלוצה מעושית:

הנה אם שני הצדדים משפטי ה' ישאלו. וקרבת אלהים ודעת דרכיו יחפוצו אין ספק כי דעתו דעת תורה ובצדק אמרי פיו גם כי יש לטוען לטעון ולמצוא עזר כנגד דברי מעכ"ת על הראשון בתשובת פרח מטה אהרן ותשובת שבות יעקב מה שכתב לענין חליצת אטר ולענין אם יש לו אשה ויעיין בתשובת מהר"ם לובלין. וכן לענין מה שקיבל עליו הקנס אם לא יחלוץ מבואר ברמ"א סימן קל"ד דלכתחלה לענין גט צריך לפטור אותו מן הקנס רק דבדיעבד כשר ודין חליצה בזה שוה לגט ובזה שיקפו יחדיו ושבר על שבר יחדיו יודבקו יש לו אשה והוא אטר ומעושה מפני הקנס בלתי ספק כל שופט בצדק לא יחפוץ להיות דיין בחליצה כזו. לזאת ראוי שיתפשרו שני הצדדים פן ימצאו קלים ותחלוץ לפניהם ויורו מורים כמותם להקל בדיעבד כמ"ש הרמ"א בסימן קל"ד:

ואולם היינו אם הפשרה איננה בטעות. אבל הפשרה בטעות כפי מה שכתב מעכ"ת נ"י שיצאו עוררים ותביעות על נכסי המת מה שלא עלה על דבר אדם מעולם ברור דאפילו בדיעבד איננה חליצה דהא וודאי אם כפוהו לחלוץ מפני שרצו לגזול ממנו אלף כסף אם לא יחלוץ וודאי איננה חליצה דהרי אונס ממון נקרי אונס כאונס הגוף כמבואר בח"מ בסימן ר"ה סעיף ז"ין ופשוט הוא דהרי יש לך אדם שממונו חביב עליו מגופו מן הגמרא בב"ב דתלוה וזבין ולא סמך הרמ"א בסימן קל"ד באה"ע ויעויין בספר בית מאיר מ"ש בסימן קל"ד בדיעבד אם קיבל עליו קנס משום דלא נאנס מתחילה לקבל עליו הקנס ומדעתו התחייב וסמך עוד והוא יכול לקיים אבל אם אנסוהו וגירש מחמת אונס ממון פשוט דלכ"ע איננו גט וה"ה דאיננה חליצה מעתה בנידון זה אם הפשרה בטעות מפני שלא עלה על דעת שום אדם שיהיה חייב כל הסך ונמצא דהפשרה מעיקר הדין בטלה אם בחזקת יד יכופו אותו לחלוץ או ישלם אלף כסף כאשר התחייב עצמו בטעות ברור כשמש דאיננה חליצה כלל ואפילו אם יש ספק אם הפשרה בטלה הרי האשה בחזקת איסור עומדת ואין ספק חליצה מוציאה מחזקת איסורה מ"מ הרי זה יוכל להתברר אם יש טעות בפשרה רק אם א"א להתברר ויש ספק בדבר בזה היא בחזקת איסור עומדת וכיון דהפשרה אם היא בטעות אזי הדין דהיבמה הולכת אחר היבם ככתוב וקראו לו זקני עירו וכו' הטוש"ע דאפי' מבית דין גדול לקטן ממנו ודין זה מבואר באה"ע ריש סימן קס"ו וה' בחסדו יתן נועמו עלינו. וישוב לשוש עלינו. כאשר שש על אבותינו:

דברי ידידו הדוש"ת

הק' מאיר א"ש

סימן ק

שלום לכבוד אהובי ונחו' הגאון מהו' אברהם פ"ס אב"ד דק"ק קאמאהרן:

באתי להשתעשע באמרות מעכ"ת מחותני הרב המאור הגדול כו'. הנה על קושית מו"ח הגאון כו' מהך דהתוס' ביבמות על הא דהר"ס פרק ד' מהלכות שגגות דכתי גם אכי קלת ומטעם אחר. דאם איירי ר"י דווקא באין לה קרובות שיאסרו עמה. אבל בעם לה קרובות מודה דחייל חמותו על א"א. א"כ אדמפליג בברייתא בין א"א וכעסית חמותו. לחמותו וכעסית א"א. לפלוג בא"א וכעסית חמותו גופא. ועוד דאם לא היה לה קרובות מאי טעמא דת"ק דקאמר כידון בחמורה כי אף שר' יהודה ס"ל בחולין ק"א דגיד נוהג בטמאה משום דהוי איסור חמור מ"מ לא בעי למימר דהת"ק יסבור כן מאחר שסתם תנא כוותיה. והרי בכריתות משמע ממתני' דאין איסור חל איסור כי אם או בכולל או במוסיף או בב"א. וכמ"ש הרה"מ דמהאי טעמא פסק הרמב"ם הכי יעויין בפ"ז מהא"ב הלכה ח' וכיוצא בו קלת כתבו התוס' ריש פרק ג"ה :

והנה הר"ס בפי' המשנה לסנהדרין פי' הך דכידון בדיקה דאשוכה באופן אחר · דהייכו אם היתה חמותו וכעסית אשת אביו כידון בשרפה ואם היתה אשת אב וכעסית חמותו כידון בסקילה. ומלבד שיש להפליא מדוע עזב ליור התלמוד דא"א וכעסית חמותו עוד לא הבנתי כלל דהרי חמותו וכעסית אשת אב איסור מוסיף ומודה ר"י באיסור מוסיף. ואם לא היה לאב לא בנים ולא אחים. א"כ אין כאן לא כולל ולא מוסיף. יקשה מ"ע דת"ק. וא"ל דסובר דאף איסור חמור וגבי כולל ולא מוסיף חייל. א"כ איך פסק שם דאין הלכה כר"י :

ואולי בזה כמלא מזור לקושית מחותני הרב כו' על הך דפ"ד מהלכות שגגות דלריך שיהיו הנאסרים בעולם דא"כ איך אמרינן בקידושין דזונה איסור מוסיף משום דשם זנות פוסל בישראל. והרי אין שם כהסרים כלל בתוספות הזה ובאמת שהדבר מתמיה ואולי בזה יתיישב קלת. הנה התוס' שם ביבמות דף ל"ג כתבו דלהך לישנא דס"ל דר"י אית ליה איסור כולל ל"ל דחמותו לאו כולל הוא ומפני שהם שני שמות (וכבר כתב המהרש"א דלפי האמת ל"ל כן לר"ח ולב"ק רק דרבא ור' יוחנן דתירלו דר' יוסי אמר רק לקוברו בין רשעים גמורים ס"ל דר' יוסי ל"ל א"כ וזה כוונת רש"י לפענ"ד שכתב בכריתות דחמותו לאו כולל ולא מוסיף הייכו מפני שהם שני שמות ואף דהתם בסוגיא מוזכר רבא ור' יוחנן דלא מחלקי בין שם אחד לשני שמות מ"מ כיון דכתב רש"י לאו כולל מכלל דבא לפרש לר"ח וב"ק. דס"ל דמודה ר"י גם באיסור כולל ולדידהו וודאי חמותו לאו כולל. וקושית התוס' בחולין דף ק"א ע"א ד"ה איסור כולל הוא דרבא לשיטתו דמסכי ביבמות אליבא דר"י לקוברו בין רשעים גמורים וע"כ פשיטא לי' דאין לחלק בין שם אחד לשני שמות והוכיח מהך דא"א וכעסית חמותו דל"ל לר"י כולל וכמ"ש התוס' ביבמות א"כ לדידי' יותר הוי לי' לאוקמי' כר' יוסי) ואולם כ' התוס' דהייכו דווקא בכולל אבל איסור מוסיף חל וודאי גם בשני שמות כדמוכח ממתני' דכריתות וכו' וכן כתבו עוד שם דף ל"ג ע"ב דא"כ איכו חל בקל על חמור ואיסור מוסיף חל מכח מתני' דכריתות וזה סותר קלת לדברי רבא בשבועות דאמר מאן דאית ליה באיסור כולל. ס"ל דמידי דהוה אא"מ ולהתוס' הרי חולקים בתרתי. ומכ"ש שיקשה לדעת הר"ן בחידושיו לחולין והריטב"א בשם י"א שכתב לתרץ הא דפריך בחולין דף קי"ג ע"ב שמואל אדשמואל לדעת רש"י דאיסור הנאה הוי מוסיף. וכתבו דסוגיא זו סברי דמאן דל"ל כולל ל"ל מוסיף ודלא כרבא ואיך אפשר לומר כן דהרי ע"כ לריך לחלק לר"י בשום דבר בין כולל למוסיף מדפטר בא"א וכעסית חמותו ומחייב בהכך דכריתות וקשיא לסוגיא ההיא דר' יוסי אדר' יוסי :

גם בהא דבעינן שיהיו הנאסרים בעולם כתב הכ"מ דילף מהא דאמרינן בכריתות דאית ליה ברא לסבא ויקשה א"כ איך לא התנה הר"ס שיהיה בן לסבא וכתב אחים. וכבר התעורר בזה התוי"ט שם. וכתב דהרמב"ם סמך במקלת על הך גירסא דברא זעירא לסבא והוא דחוק. ולפענ"ד דא ודא אחת היא. הנה התוספות ישנים בכריתות שם כתבו בפשיטות דרבי יוסי ל"ל איסור מוסיף בקל על חמור ולכך כתבו דר"י לא מחייב רק משום שלש. משום בת בתו וכלתו ואשת אב. דאיכס קלים אבל איכך דהוי קלים לא חיילא. והתוס' שלנו חשבו לזה דוחק. אבל מ"מ לפענ"ד ירווח לכו לאמר לפמ"ש התיו"ט שם בכריתות דהר"ס דגרס אחות אשתו במתכיתין ס"ל חשיב התנא בהחלה שם ואח"כ שבע. והוא כתב דר' יוסי מוסיף דמשכחת שמוכה. ולדידי יתכן לומר דר"י הכי קאמר לא משכחת שבע אלא בעבר זקן ונשאה (והייכו לר"ח וב"ק אבל לרבא ור"י באמת שמוכה הן) והייכו דהוא ס"ל דכולל ומוסיף שוים. וכמו שמוסיף חל קל על חמור ה"ה דכולל חל. וכמו שהכריח הבעה"מ מן התוספתא שהביא התוס' בשבועות דף כ"ד ע"א ד"ה אלא. וכן יש לעיין בהך. דכמולה אכי מן היהודים שכתבו דחל על א"א בכולל ופירש דבריהם בשעה"מ על כרחך דלא הוי מוסיף. ודלא כתוס' יו"ע שם דכדר קל לעומת א"א. דגם כדר יש לו שאלה. וכ"מ קלת דעת הרשב"א בחידושיו ביבמות דתירץ קושית התוס' באופן אחר דהבערה ללאו יצאת. ומשמע דס"ל ג"כ דכולל חל בקל על חמור והייכו כמו מוסיף. וכן להיפך. אם כולל איכו חל בשני שמות כמ"ש התוס' לר"ח ולב"ק ה"ה דמוסיף איכו חל משני שמות. והנה כל האיסורים דחשיב במתכיתין מלבד כלתו הם משם אחד. ולכך ר' יוסי דבעי למשכח גוונא דמחייב שבע. הולרך לומר אם עבר זקן ונשאה הוא דאיכא שבע. ואם היה התוספות באשת אב מפני אחי האב עדיין היו שני שמות. ולכך הולרך לומר דאית ליה ברא זעירא לסבא. ודווקא ברא זעירא דאם היה הבן גדול לפני יבום אביו גם עליו לא היה חל איסור אשת אב על איסור אשת אחי האב. אבל אם נתגדל אחרי יבום האב באו עליו איסור א"א האב ואשת האב בהדדי. ומגו דחייל עליו חייל ג"כ על הבעל. וכ"ז הייכו לר' יוסי לא משכחת אלא שבע וגם בזה רק בברא זעירא לסבא משום דס"ל דבעינן משם אחד. אבל לרבנן דפליגי עלי' דר"י וס"ל דלא בעינן משם אחד והנה לר"י אליבא דרבא ור' יוחנן לא הולרך הר"ס בפ"ד להזכיר דאית ל ה ברא דבלא"ה כמו איכך דאלים מגו דחייל עלי אחים וכמש"כ התוספות יום טוב שם :

מעתה מיושב גם הפי' המשכיות שפירש דלר' יוסי דאמר כידון בזיקה דאשוכה חמותו וכעסית אבת אב אז כידון בשריפה והוקשה לן מנ"כ כמש"ל. ולזה י"ל דמיירי ביש אחים להאב ובן אין לו דלר' יוסי דאמר בעינן משם אחד כידון בשריפה משום חמותו דאי אפשר לאשת אב לחול במגו דחייל על אחים איסור אשת אחיו דהוי שני שמות. ורבנן דלא מחלקי בין שם אחד לשני שמות. אמרו כידון בחמורה והלכה כמותם. וגם השער המלך כתב דהרמב"ם פוסק כרבנן דלא מחלקי בין שם אחד לשני שמות. ואולי מפני שבא הרמב"ם לפרש פלוגתתן דר' יוסי ורבנן כמו דמפרשי ר"ח ובר קפרא. לזאת שכל את ידיו לפרש ולייר המחלוקת בחמותו וכעסית אשת אב דהוי איסור מוסיף. דאם היה מפרש באשת איש וכעסית חמותו. עדיין הדבר שקול אם טעמא דר' יוסי משום שני שמות כרב חייא ובר קפרא. ומודה רב יוסי באיסור כולל או טעמיה משום איסור כולל כרבא ור"י אליבא דר' יוסי. ואולם עתה על כרחיך פליגי בשני שמות דאיסור מוסיף וודאי אית ליה לר"י מהך דאמר אם עבר זקן ונשאה :

ועתה ישמעני אדוני. ואולי ישית לבו הטסור לדעתי. הנה הריטב"א בחולין דף קי"ג כתב עוד דרך אחר לתרץ קושית התוס' על רש"י דס"ל דאיסור הנאה הוי מוסיף. ותמהו דא"כ מאי פריך שמואל אדשמואל דהרי בב"ח איסור מוסיף ומאן דל"ל כולל מודה במוסיף. וכתב הריטב"א דתרי

גוונא איסור מוסיף הוא. הך דלא איתוסף ביה איסור גברא ולא איסור חתיכות. אלא דחמור טפי משום איסור הנאה כלחוד או משום כרת. וכי"ב. והאי לא עדיף מכולל וחד דהוי איסור מוסיף גמור דאיתוסף ביה איסור גברא והאי עדיף מאיסור כולל והנה דעת הרמב"ם ג"כ דאיסור הנאה הוי איסור מוסיף (ומיהו התוס' דחומר האיסור אין נראה שיסבור הר"ה דחשיב מוסיף כמו שסובר הריטב"א דכרת הוי איסור מוסיף דא"כ א"א וכעשית חמותו ומעיקרא חנק והשתא שריפה. וכן הר"ה הארך בכלתו שיחול על בת בתו שיהיו בניה עוד ליעקב) וצריך לומר גם כן סברת הריטב"א ולפענ"ד יש בשני ענינים מוסיף דהריטב"א להקל ולהחמיר. דהך שאין בו תוספות גברא ולא חתיכות דחל רק מפני חומר שבו. א"כ צריך שלא יהיה האיסור האחרון חמור ממנו בשום דבר. דאל"כ אמרינן מאי חזית דהאי חמור טפי כו' מה שאין כאן אם יש שם תוספת איסור אגברא או אחתיכות אז וודאי חל אפילו קל על חמור לכ"ע. עוד יש לחלק דאם המוסיף מפני החומר שיש בו צריך שיהיה שם האיסור הזה הבא לחול חמור מצד עצמו. ולא יועיל אם איסור חמור משם אחר חל עמו כיון דאין האיסור הזה שדנין עליו חמור והרי כתב הריטב"א דלא עדיף מא"כ וא"כ לא מבעיא לדעת התוס' דבכולל בעי שיהיה משם אחד דוודאי צריך שיהיה חומר האיסור משם ההוא. אלא אף גם לפמש"כ דלהר"ה לא בעי שיהיה משם אחד התם הוא דבעי' חלותו מפני שנכלל עמו דברים אחרים אבל כאן שהוא רק מפני חומר שבו בוודאי אין חומר איסור אחר גורם שיחול שם זה להר"ה יעויין חולין דף ק"ג שד"ה דאיסור חלב ואולם ביש שם איסור חמור מפני השם ההוא שבא לחול על איסור אחר כמותו שאינו חמור ממנו. בזה אין צריך שיהיה הדבר שהאיסור חמור נולדו בעולם. דאף שאינו בעולם מ"מ הרי האיסור השני צד חומר שבו מה שאין כן כשהאיסור בא לחול מצד תוספת גברא וחתיכות כבר כתבנו דלכולי עלמא גם לתוס' וגם להר"ה אין צריך שיהיה משם אחד. ואולם כיון שאנו באין לומר שיחול מפני שכולל באיסורו דברים אחרים צריך שיהיו הנאסרים בעולם:

ואם כנים דברינו יבוארו דברי הר"ה על נכון בפרק י"ז מהלכות א"ב לענין חלת זונה וגרושה כיון דהאיסורין שוין בתורה אמרינן דזונה חל על גרושה מפני הצד שהשם זנות פוסל בישראל והוי איסור מוסיף. ואף שאין שם תוספת איסור מפני גברא או חתיכות. מ"מ יש בו תוספת מפני החומר שבו דהרי אין איסור הראשון חמור ממנו בשום דבר ושם אחד הוא כמו אכילה ועבודה לבעל מום. והרי הכל היה בכלל זונה. וכן משמע קצת לשון ריטב"א בקידושין שם דף ע"ז שכתב דהבעירה בשבת הוי איסור חמור אפילו למאן דאמר ללאו יצאה מפני שיש בשבת סקילה. כיון דאיסורא דשבת משום שם אחד וקיים בז"ל. וכי האי דאמרינן לעיל הואיל ושם זנות פוסל בישראל עכ"ל. אבל בהנך איסורים דפרק ז' מהלכות שגגות כולהו אחר כלתו (מלבד אשת אב) הם קלים מכלתו שאין אחד מהם בסקילה. וא"א לחול מפני צד החומר שבהם דהרי איסור הראשון חמור בצד אחר שהוא בסקילה והם אינם בסקילה. וכלתו אין בו מציאות משם אחד וא"כ אם באנו לדון שיחול מפני צד החומר שהאחרונים נאסרים ג"כ. אם כן צריך שיהיו בעולם הנאסרים ואשת אב ג"כ איך נאסר שם אשת אב חמור מפני שנאסר אם היה לו בנים לזקן. והיה זה משם אחד דזה א"א לומר כיון שכבר היתה מתחילה אשת אחי אב. וא"כ הרי אם היו לו בנים. כבר היו נאסרים משום אשת אחי אב ואם באנו לומר רק מפני אחי הזקן שנאסרים מפני אשת אחיו ע"י היבום הרי הוי שני שמות וע"כ רק מפני התוספת הגברא ולא מפני חומר אם כן צריך שיהיה בעולם. ולמעלת מחותני הרב המאור הגדול כו' משפט הבחינה וחכם לב כמותו יבין. כי גם אם נתפוס דהר"ה סובר דא"כ אינו חל בשני שמות באיסור מוסיף חל בשני שמות כמ"ש התוס' לר' יוסי יתכנו לומר הדברים האלה בקיצור. דברי ידידו מחו'

הקטן מאיר א"ש:

סימן קא

בעזה"י בסוגיא דאיסור כולל יבמות דף לב ולג

תחילת החורף שנת **ב"י תמכ"ה ימינ"ך** לפ"ק
אונגוואר אי"ה א"כ:

תוספות ד"ה איסור כולל הוא הקשו הא דלמא באמת ס"ל לר' יוסי איסור כולל ותירצו דסבר דא"א וכעשית חמותו ג"כ הוי כולל מגו דמיתסר בשאר ולהכך ליכא דלקמן דסבר ר"ח דר"י מחייב תרתי באיסור כולל צריך לומר דחמותו לאו כולל הוא משום דהוי שני שמות ואע"ג דמוסיף הוי משני שמות כולל לא הוי אלא משם אחד וצריך לומר דת"ק ור"י פליגי בהא דת"ק מחייב משום חמותו משום דס"ל דכולל הוי משני שמות וכ"כ השעה"מ רק שיש לעיין מנ"ל לאפושי פלוגתא ולומר דפליגי איך מקרי איסור כולל פלוגתא חדשה דלמא מאן ת"ק ר' יהוד' דס"ל דאיסור חמור חל על קל אפי' בלא כולל דהרי ג"ה כוהג בטמאה לדידי' משום דהוי איסור חמור ולכך חמותו חל על א"א אבל מאן דפליג ובעי כולל דלמא צריך שיהיה משם אחד ואפשר לדעת התוס' אין ה"נ את"ל דכולי לא הוי משני שמות אליבא דר"י (ולפי המסקנא כן הוא לדעת ר"ח וב"ק וכמ"ש המהרש"א) לכ"ע הוי הכי ולא פליג ת"ק מטעם כולל רק מטעם דהוי איסור חמור ולהרמב"ם דפסק כת"ק אע"ג דס"ל דווקא כולל ולא איסור חמור חל על איסור כתבתי במקום אחר דאיהו ס"ל כיון דאיסור מוסיף הוי משני שמות ומאן דאית ליה כולל טעמא מידי דהוי אמ"מ כדרבא בשבועות אם כן אין לחלק ור' יוסי את"ל דל"ל כולל בשני שמות ה"ה מוסיף לית ליה בשני שמות והא דקאמר בכריתות אם עבר הזקן ונשאה חייב משום אשת אב ה"ק דת"ק חשיב שבע חטאות וכולן משכחת לה משם אחד לבד מכלתו והיינו דקאמר ר' יוסי לת"ק דחשיב כלתו מכלל דס"ל דאמרינן מוסיף משום שני שמות וקאמר ליה ר"י לא משכחת שבע חטאות רק בעבר הזקן ונשאה:

והרמב"ן בחידושיו חולק על תוס' וס"ל דוודאי אמרינן כולל בשני שמות מדחשיב טומאה על בעל מום כולל משום דנאסר באכילה ולא ניחא ליה בתירוץ התוס' דאכילה ועבודה שם אחד הוא וכתב לדעת רש"י הא דאמר ר"ח אליבא דר"י ס"ל איסור כולל היינו לקוברו בין רשעים גמורים אבל לא לעונשין ולכך א"א וכעשית חמותו כידון בא"א ולדבריו ניחא הא דפירש"י דב"ק ברייתא דאמר ר"ש אינו חייב אלא משום אשת אח בלבד ב"ק לא תני לה ולא פירש דהיינו לקוברו בין רשעים גמורים כפירוש התוס' משום כיון דר"ח לא קאמר רק לקוברו בין רשעים גמורים מכלל דב"ק אפילו לקוברו בין רשעים לא ס"ל דחל כולל וע"כ לא תני לה אבל הרמב"ן כתב דהא ליתא דכיון דאין איסור כולל לר"ח אליבא דר"י לעונשין ואפ"ה ס"ל דלקוברו בין רשעים גמורים וכו' וי"ל א"כ אפילו אין שם כולל אפ"ה נקבר בין רשעים גמורים. כוונתו ז"ל דכיון דקאמרי' דפליגי באיסור כולל אליבא דר"י מכלל דעכ"פ בעינן שיהיה כולל וא"כ ליכא למימר דר"ח קאמר רק לקוברו אבל לעונשין לא חייל כולל דכיון דלא חייל לעונשין ואפ"ה נקבר בין רשעים גמורים ה"ה אפילו ליכא איסור כולל ג"כ נקבר שם ולא שייך לומר דפליגי ר"ח וב"ק בכולל. וזה נראה ג"כ דעת מהרש"ל שכתב דלדעת התוס' שכתבו דב"ק תני לה ג"כ ולקוברו וכו' צריך לומר דלא כרב אשי דקאמר לקמן מארבע חטאות קתני ולקוברו בין רשעים פירוש דלדידיה ע"כ ב"ק אפילו לקוברו לא חייל והמהרש"א השיג עליו שאינו מוכרח דאיכא למימר דהיכא דאיכא צד חמור אע"ג דלא חל לענין עונשין מ"מ לקוברו חל והיכא דליכא שום צד אינו נקבר בין רשעים גמורים ולצדדין קתני וזהו על דעת רש"י שכתב הרמב"ן אבל לסברת הרמב"ן עצמו אינו כן רק דאם אינו חל לעונשין וכאמר דאפ"ה נקבר בין

רשעים גמורים ה"ה אם אין כאן שום צד חמור לא כולל ולא מוסיף אפ"ה נקבר וא"כ ע"כ דלא כרב אשי קאי:

והרמב"ן כתב דאת"ל דר"י אית ליה איסור כולל מוקי הך דאשת איש ונעשית חמותו דנידון משום א"א לר"י באשה דליכא קרובות שיאסרו עמה והתוס' שנילאו בזה ואם נאמר משום דהכתי קשה מאי פריך נשא מת ואח"כ נשא חי איסור כולל דדלמא ס"ל לר"י גם איסור כולל כקושייתם ואין לתרץ כתירוץ התוס' דא"כ אשת איש ונעשית חמותו גם כן כולל היא דלמא איירי דל"ל קרובות שיאסרו עמה אלא דא"כ היא גופא קשיא מאי פריך איסור כולל הוא דלמא אית ליה ואשת איש ונעשית חמותו איירי בדליכא קרובות וכן הקשה מו"ה הגאון זצ"ל בספרו אהל דוד. ולכאורה יש לדחות דא"כ אמאי מפליג בין אשת איש ונעשית חמותו ובין חמותו ונעשית אשת איש שכתבו התוס' בלא"ה דאינו מטעם זיקה ראשונה לפלוג באשת אח ונעשית חמותו בין יש לה קרובות נידון בחמותו ואם אין לה נידון באשת אחי. ובזה יש ליישב הגירסא דגרסי ותו חמותו ונעשית א"א איסור מוסיף שרש"י מוחק אותו והתוס' כתבו דאיכא למימר דטעה כמו שטעה ראב"א בסנהדרין דנידון בחמותו משום דלא חייל איסור א"א והמהרש"א כתב דלפי גירסת התוס' בסנהדרין ופירושם אין כאן טעות ונדחקו אמאי לא תירץ המתרץ קושיתו משום דלא חש לתרץ וכו' וכמ"ש התוס' וזה דוחק ומכ"ש למהרש"א שאין טעות בקושייתו ולהנ"ל יש לומר דהמקשן בא לחזק קושייתו הראשונה שהקשה נשא מת ואח"כ נשא חי כולל ור"י ע"כ ל"ל כולל ודקאמר א"א ונעשית חמותו נידון בא"א דא"ל דמיירי באין לה קרובות א"כ אדמפליג בין א"א ונעשית חמותו לחמותו ונעשית א"א לפלוג באשת איש ונעשית חמותו עצמה בין יש לה לבין אין לה. ולכאורה היה מקום לומר דרבותא קמ"ל דחמותו ונעשית א"א נידון משום חמותו בלבד ולא משום א"א אע"ג דלא התרו בו משום חמותו אין נידון משום א"א ולזה פריך דחמותו ונעשית א"א איסור מוסיף הוא וא"כ ליכא למימר דאם לא התרה בו משום חמותו שלא יהא נידון משום א"א כיון דהוי איסור מוסיף וע"כ מיירי בדאתרו ביה ואין כאן רבותא כלל דהוא זיקה ראשונה ובלא"ה מי שנתחייב שתי מיתות נידון בחמורה וקשיא קושיא ראשונה ומשני שפיר לקוברו בין רשעים גמורים ולא הוצרך כלל לתרץ קושיא דחמותו ונעשית א"א איסור מוסיף שלא הקשה רק להוסיף על קושיא הראשונה:

ולכאורה יש לומר דקושית הגמ' נשא מת ואח"כ נשא חי כולל הוא באופן זה על פי מה שהקשו התוס' לקמן דף ל"ג ע"ב ד"ה אמר ר' יוסי על סברתם דאיסור כולל בקל על חמור לא חייל דהרי לקמן משמע דאיסור אחות אשה חייל על א"א ותירצו דא"א יש לה היתר בחיי אוסרה. והקשה המהרש"א דעדיין קשה איך יחול איסור אחות אשה על אשת אח שהרי כתבו התוס' דלכך לר"ש בבת אחת אינו חייב אלא משום אשת אח בלבד משום דחמור אשת אח (ומ"ש בשם גאון במהדורא בתרא דאחות אשתו יש חומרא משום דבידו לרבות אינו מספיק לכאורה דהרי ראיית מהרש"א אלים דע"כ אשת אח חמור מאחות אשה ומדמחייב על אשת אח בבת אחת) ולכאורה לפמ"ש התוס' בחולין דף ל"ז ע"ב בשם רבינו גרשון לפרש מה שאיתא שם השתא טרפה דמחיים דהיינו דליכא מגו למימר מגו דחייל אהאי איסור אתי חייל נמי אהאי וכו' למדנו דיש לומר מגו דחייל אהאי איסור חייל נמי אהאי. ואם כן גם כאן דכיון דאחות אשה חייל על אשת איש חייל נמי על אשת אח מה שאין כן בנשא מת ואח"כ נשא חי משמע ליה דמיירי אפילו בנשא חי אחר מותו של אחיו אפילו הכי חייב שתים לר"י וכה"ג הרי אחות אשה קל ולא ליחול על איסור אשת אח אלא דזה אינו שאם נשא חי אחר מיתתו של מת לכאורה איסור בת אחת היא אשת אחיו היתה ומותרת לו קודם שנשא (עיין לעיל דלאחר תירולא בגמרא עיקר קרא דעליה אתי בכה"ג אתי לנשא מת ואח"כ נשא חי) אם לא שנאמר דמיירי שלא במקום מצוה דיש לו בנים:

והנה לפי דברי הרמב"ן דאיכא לאוקמי אשת איש ונעשית חמותו באין לה קרובות וכתבו התוס' ס"ל דע"כ מיירי באין לה קרובות מדלא מפליג בא"א ונעשית חמותו לולא זאת היה אפשר לומר דמיירי באין לה קרובות ומעתה הך שתי ברייתות לפי מאי דמוקי רבא ור"י לקוברו בין רשעים גמורים וס"ל להרמב"ן דא"כ אפילו בלא שום צד חמור לא כולל ולא מוסיף אפ"ה קוברין אותו בין רשעים גמורים ואם כן איכא לאוקמיה הני הברייתות בדלית ליה אחין ולא לה אחיות דהאי כאן לא כולל ולא מוסיף אפ"ה לר"י נקבר בין רשעים גמורים ולפמ"ש הריטב"א בשם רש"י עדיפא לן לאוקמי שתי הברייתות בשוה לקוברו ולא לאוקים חדא לחייב שתים ממש וחדא לקוברו רק דלפ"ז קשה מאי מקשה רבא בקידושין דף ע"ז ע"ב ובכריתות מהך דר"ש דאמר האוכל נבלה ביוה"כ פטור דמוכח דל"ל איסור חע"א והקשו התוס' הא נותר הוי איסור מוסיף ותירצו דסמיך אהך ברייתות דמוכח דר"ש ל"ל מוסיף פירש ודקאמר ר"ש אינו חייב אלא משום אחות אשה לבד דמיירי בנשא חי ואח"כ נשא מת ולהנ"ל קשה דלמא מיירי באין לו אחין דליכא מוסיף ופליגא רק לקוברו וצ"ע:

והנה התוספות הקשו על רש"י שפירש הא דאמר ר"ש האוכל נבלה ביוה"כ פטור דפטור משום יה"כ בין נתנבלה לפני יוה"כ ובין נתנבלה ביה"כ לא אתי איסור יה"כ וחייל ותמהו התוס' דאם נתנבלה ביה"כ אמאי לא חייב משום יה"כ בין למ"ד אברים עומדת כשמתה הוי איסור בת אחת ואם לאו לאברים עומדת יה"כ קדים וכתב הריטב"א דעיקר הגירסא אינו חייב אלא אחת דאם נתנבלה לפני יה"כ אינו חייב משום יה"כ ואם נתנבלה ביה"כ אינו חייב משום נבלה מעתה אם נאמר נבלה הוא איסור מוסיף משום דנאסר לגבוה א"כ ודאי מוכרח דר"ש דפוטר גם באיסור מוסיף וז"פ:

אבל התוס' בסוגין שהקשו אמאי יחול נבלה על חלב הא הוי קל על חמור ס"ל דנבלה הוי איסור כולל והשער המלך כתב דהתוס' סברו דמשום דנאסר לגבוה לא הוי איסור מוסיף משום דקדשים לאו למזבח קיימא וזה רחוק והיה מקום לומר דהתוס' ס"ל דאפילו בבעלת מום מחייב באוכל חלב והיא נבלה משום נבלה דהרי קרא אף בבעלי מומין משתעי וכדאיתא ריש פרק אלו עוברין ויותר נראה לומר דכיון דמוכח בחולין דף ל"ז ע"ב דכל נבלה הוי מסוכנת ואפילו בעשאה גיסטרא אמרינן דה"א דלא הוי מסוכנת פורתא ואף אם יהיה משכחת בגיסטרא נבלה בלא מסוכנת מ"מ א"א לתלות נבלה מכח גיסטרא שלא תהיה בעלת מום קודם שתעשה נבלה וא"כ כל נבלה או היא מסוכנת או בעלת מום והרי זקן וחולה וכו' פסולים למזבח וממעטינן להו מקראי ואם כן אין איסור נבלה מוסיף מפני שאסורה לגבוה כי כבר קודם שהיתה נבלה נפסלה מעל גבי מזבח שהרי היתה מסוכנת ולפ"ז קשה קושיא הנ"ל מנ"ל דלא ס"ל לר"ש אחע"א במוסיף דהא מהך דנבלה ביה"כ אין ראיה דלא הוי רק איסור כולל ומהך ברייתות דסוגין גם כן אין ראיה דדלמא מיירי דאין לו אחין ופליגא לקוברו כדמוקי רבא עלמו:

ולכאורה יש ליישב עד"ז דהרי הא דאיתותב בר קפרא מהך ברייתא דזר ששימש בשבת ובעל מום ששימש בטומאה דפליגא ר"י ור"ש ואלו זר שאכל מליקה שיירי דמוכרח דר"ש מודה בבת אחת הרי הקשו תוס' דלמא לעולם לר' יוסי שיירה משום דלא חשיב אלא הך דהוא רק לקוברו ובבת אחת חייב שתים ממש אף לעולם ותירצו כיון דבעל מום ששימש בטומאה חייב שתים ממש א"כ היה לתנא לשנות גם זר שאכל מליקה דהרי באיסור כולל חייב לר"מ שתים פי' דבריהם דהרי עכ"פ לר"מ וודאי חייב שתים באיסור כולל דהרי הוא אומר דרבי לב"ק שנה איסור כולל לפטור אליבא דר"ש ולא לר' יוסי כמ"ש התוס' לעיל וכיון דלא נחלקו ר"מ וב"ק רק בב"א ואליבא דר"ש מכלל דאליבא דר"י לא פליגי וסובר גם בר קפרא

אליבא דר"י דמחייב בכולל שתים ואם כן בעל מום ששימש בטומאה חייב שתים ממש ולכך איתותב בר קפרא מדלא שנה בברייתא זר שאכל מליקה אבל לר' יוחנן ורבא דס"ל דר' יוסי ל"ל איסור כולל וע"כ לא פליגי אלא לענין לקוברו וכו' א"כ אין ראיה מברייתא דר"ש מודה באיסור בת אחת מדשייריה דאיכא למימר דשיירי' משום דחייב שתים ממש ולא קתני רק מה דחייב לקוברו בלבד כקושית התוספות :

ואחרי שאין כאן הכרח דר"ש ס"ל דאיסור ב"א חל א"כ איכא למימר דרבא הוי קשיא ליה דאיך יאמר ר"ש האוכל נבלה ביוה"כ אינו חייב אלא אחת ופירש הריטב"א דלא מקיימי דאם נתנבלה לפני יוה"כ פטור משום יוה"כ דאינו חל על נבלה ואם נתנבלה ביוה"כ אינו חייב משום נבלה דאין יכול לחול על איסור יוה"כ דזה יתכן את"ל דבהמה בחייה לאו לאברים עומדת אבל אם בהמה בחייה לאברים עומדת א"כ איך יחול יוה"כ על איסור אבר וא"כ כשמתה הרי הוי איסור בת אחת וכמו שהקשו התוס' בשבועות ולפמ"ש הפלתי אליבא דהרמב"ם י"ל לרבא בהמה בחייה לאברים עומדת ורק בתולש אבר וטרפה בה בזה ס"ל דלאו לאברים עומדת ועוד דהרי ר"א בר"ש ס"ל לאברים עומדת ומן הסתם לית לן למימר דפליג אדאבוה ר"ש אע"כ דר"ש ס"ל דאיסור ב"א לא חייל וכיון דאסור ב"א לא חייל ב"ש איסור מוסיף ופריך רבא שפיר ודווקא ב"ק איתותב דאיהו לא מצי לאתויי ראיה דר"ש ל"ל איסור בת אחת מהך דהאוכל נבלה דהא לדידיה דס"ל דאיסור כולל חל מוכרח מן ברייתא דשיירי' דאית ליה לר"ש איסור בת אחת והרי הוא נשבע דרבי אמר לו כן והרי רבי ס"ל לאו לאברים עומדת וא"כ אין ראיה בכלל מהך דאוכל נבילה דכיון דלאו לאברים עומדת איסור יוה"כ חל אבל רבא שפיר קא מותיב דאיהו ס"ל דלאברים עומדת דמן הסתם ליכא למימר דפליג ראבר"ש על ר"ש והרי אליביה דאפילו האיסור בת אחת ל"ל לר"ש וכ"ש איסור מוסיף (ובזה ניחא ג"כ דעת רש"י בחולין שכתב דהא דפריך לר' יוסי הגלילי דע"כ ס"ל איסור כולל מדמחייב על איסור בת אחת וכתב רש"י דס"ל דמאן דל"ל איסור כולל אף איסור בת אחת אינו חייל. ולדבריו הרי ק"ל לר' יוסי ב"ח דמהפך דריה"ג ור"ע ואמאי לא מותבינן לר"יב"ח ומסיק בתיובתא כדקא מותיב לב"ק בסוגין דדוקא ב"ק איתותב משום דס"ל איסור כולל אליבא דר' יוסי אבל מאן דלית ליה איסור כולל לר"י לא איתותב כלל מהך אלא דאכ"ק הרי ר' יוסי לית ליה כולל ואית ליה מוסיף ובת אחת ועיין בשאגת אריה מה שכתב לדעת רש"י יע"ש) :

והרמב"ן בשבועות הביא ירושלמי ר"ש אומר תענו נפשותיכם מן המותר לכם ולא מן האסור לכם וכתב הרמב"ן וז"ל ולאו למימרא דמהכא לא קמה לה משום דדרים הכי מה מלאכה שבחול מותרת אף עינוי שבחול מותרת אוציא נבלה שאף בחול חייבין עליה וסבירא ליה דלא עדיף כולל ומוסיף עכ"ל הלשון מגומגם קצת בתחלה ולפי הנראה צריך להיות דאיכא למימר דמהכא קמה לה והיינו דמכאן יליף ר"ש דאין אחע"א כיון דחזינן דלא חייב רחמנא ביוה"כ רק באוכלי היתר ולא בנבלה מוכרח דאין אחע"א וכיון דגלי בכולל ה"ה במוסיף אלא שצ"ע דאם בהמה בחייה לאו לאברים עומדת א"כ איסור יוה"כ קדים וע"כ חייב משום יוה"כ ואיך נאמר דמקשינן עינוי למלאכה דאינו נוהג אלא בדבר היתר הרי אם נתנבלה ביוה"כ חייב משום יוה"כ אע"ג דאסור בחול ומכלל דלא מקשינן עינוי למלאכה וצריך לומר דכיון דאיסור יוה"כ קדים א"א לאוקמי קרא אלא בנתנבלה לפני יוה"כ אבל לדברינו איכא למימר דהיינו דס"ל דר"ש ס"ל לאברים עומדת וגלי רחמנא כאן דאף איסור בת אחת לא חייל וכ"ש איסור מוסיף ולכך מותיב רבא מהך דר"ש באוכל נבלה דמוכח דפטור אפי' בבת אחת :

ולפי"ז יקשה קושיא אחרת כאשר נאמר הנה עלה בדעתי ליישב גירסא ותו חמותו ונעשית א"א איסור מוסיף עד"ז הנה אם נאמר דאיסור בת אחת אינו חייב שתים ע"כ אינו משום דאיסור אחר חל כבר וא"א לאיסור שני לחול דהרי כמו בכולל ומוסיף שהראשון מעכב את השני לחול דהרי בבת אחת באו שניהם וע"כ הטעם או משום דס"ל דהתורה לא חייבה על מעשה אחד שני עונשין בין בשוגג בין במזיד ובריש מ"ק פליגא רבה ור"י במכסם ומשקה לזרעים משום מאי מתרינן אם משום חורש אם משום זורע והקשה אביי דלחייב תרתי משום חורש וזורע וקאמר וכ"ת כל היכא דאיכא תרתי לא מחייב אלא חדא והאמר רב כהנא זומר וצריך לעצים חייב שתים קשיא וכתבו התוס' דלא שייך כאן לומר משום רשעה אחת אתה מחייבו ואי אתה מחייבו משום שתי רשעיות דה"מ כגון מיתה ומלקות אבל תרתי מילי דאסירן דדמיין להדדי בשני מלקות תרווייהו חד רשעה נינהו וכו' ואע"ג דרב כהנא אמורא הוא מקשינן מיניה משום דגברא רבא הוא ומ"מ כיון דלאו תנא איכא למימר דפליגי עלה ול"ג קשיא נראה מדבריהם דאיכא דסבירא ליה לרבה ור"י דלא מחייבינן תרתי מיהא נראה דהיינו במזיד אבל בשוגג לא וכסברת התוס' משום רשעה אחת אבל בשוגג ודאי לא פליגי על משנתינו דיש אוכל אכילה אחת וכן יש בא ביאה אחת ואפשר דאפילו במזיד מחייבו שתים בשאר איסורין דאיכא תרתי ורק לענין שבת וכן שביעית ס"ל דליכא למימר שיהיה במלאכה אחת שני אבות ויתחייב שתים ועכ"פ את"ל דבבת אחת אינו חייב רק אחת ע"כ הטעם או משום דאינו חייב שתים על מעשה אחד וזה נראה לפענ"ד דעת רש"י שכתב איסור בת אחת בהך דיש אוכל אכילה אחת היינו הוצאת שבת ואיסור אכילה דיוה"כ ותמהו הראשונים דמה ענין זה לאיסור חל על איסור דאפילו יחולו בזה"ז אמאי לא יתחייב משום הוצאה ומשום מלאכה ולהנ"ל יתכן דכיון דתלמודא בעי לאשכוחי תנא דס"ל איסור בת אחת בכלל דבעי למסר שלא נאמר דעל מעשה אחד אין לחייב שתים כי שיגרום איסור אחד לבטל את חבירו אין לומר כלל ורק שיש מקום לומר דעל מעשה אחד אין לחייבו שתים ולפ"ז אין חילוק בין שיהיה שניהם איסורין שוין או אחת משום אכילה ואחת משום הוצאה דעכ"פ כיון דבבת אחת ועל מעשה אחת באנו לחייבו את"ל דבאיסורים שוין אין חייב אלא אחת ה"ה באין שוין מעתה יתכן דהמקשין לעיל ס"ל דאין סברא כלל לומר דאין איסור ב"א חל מטעמא דאין לחייב על מעשה אחד שני חיובין ורק שלא תאמר דהיכא דיש שני איסורין ואחד חמור מחבירו יבטל וידחה החמור את הקל מלחול וא"כ הוי מצינו למימר דהך ברייתא דקתני אינו חייב אלא משום אשת אח באיסור בת אחת ולכך לר' יוסי חייב שתים ור"ש ס"ל כיון דאיסור אשת אח חמור גורם שלא יחול אחות אשה אפילו בבת אחת רק דא"כ איסור דוחה ומבטל איסור א"כ חמותו ונעשית אשת איש איסור מוסיף וא"א ונעשית חמותו הוי רק כולל ולר' יוסי איסור מוסיף אית ליה וכולל לית ליה א"כ גם חמותו ונעשית א"א ידחה איסור א"א איסור חמותו וע"כ דלא אמרינן איסור דוחה איסור א"כ גם לר"ש אין לומר כן וע"כ לא איירי בבת אחת :

ואולם לפי מה שהעלנו לתרץ הא דמוכיח רבא דלא ס"ל איסור מוסיף ואמרנו דרבא ס"ל דלר"ש ל"ל איסור ב"א אכ"ק אמאי הוצרך רבא לקוברו בין רשעים גמורים לוקמי הך דאינו חייב אלא משום אשת אח בלבד באיסור ב"א ולכך ר"י מחייב שתים ור"ש לשיטתו דס"ל דאף איסור בת אחת לא חייל ונראה דרבא ס"ל דע"כ לא איירי באיסור בת אחת דא"כ אמאי אמר ר"ש דאינו חייב אלא משום אשת אח ולא ס"ל דאשת אח חמיר דמאי חזית דאשת אח חמיר דאין לה היתר דלמא אחות אשה חמור שכן יש בידו לרבות ואשתרי במקום מצוה גם כן . ולכאורה מוכרח לומר כן מדאמרינן במתניתין דלקמן דשני אחים כו' דאיסור אחות אשה חל על איסור אשת אח וקושי' מהרש"א ומה שתירץ בגליון דאחות אשה יש בה חומרא שכן בידו לרבות לכאורה אינו מתורץ בזה כיון דחזינן דאם באו בבת אחת איסור אשת אח ואחות אשה אינו חייב אלא משום אשת אח בלבד למ"ד דבבת אחת אינו חייב שתים מכלל דאשת אח חמיר אע"ג דאחות אשה יש בידו לרבות וקושית מהרש"א. ואולם יש לומר דבאמת כדבעי למימר דפליגי בב"א ואליבא דר"י והוי מוקמינן

הך דאינו חייב אלא משום אשת אח בבת אחת הוי קשר דהך חומרא שיש באשת אח שאין לה היתר לאחר מיתה אלים עדיפי מחומרא שיש באחות אשה שיש בידו לרבות ומתני' דשני אחין שקדשו הוי מוקמינן כולה בבת אחת וכדמשני לקמן באבעית אימא כולה בב"א ור"ש הוי מוקמינן הכי אליבא דר' יוסי את"ל דפליגא ר"ח וב"ק אליבא דר"י אבל לפי מסקנא דפליגי ר"ח וב"ק בב"א לר"י אין הכרח לומר דאשת אח חמור ואמרי' לאיפך מאי חזית דאשת אח חמור דלמא אחות אשה חמיר שכן בידו לרבות ולכך מלי לאוקמי מתני' בזה אחר זה ואפ"ה חייל אחות אשה על אשת אח והיינו טעמא דמוקי רבא ור"י לקוברו ולא אוקמי בבת אחת משום דאם כן אמאי קאמר ר"ש אינו חייב אלא משום אשת אח ולא קאמר אינו חייב אלא אחת :

ובזה יש ליישב דברי הראב"ד בהשגתו בפרק ט' מהלכות ביאת מקדש שהביא שם הרמב"ם דזר ששימש בשבת ובעל מום ששימש בטומאה שחייב שתים וכתב הראב"ד דהיינו בהביא שתי שערות בשבת וכן בעל מום ששימש איירי ג"כ בכה"ג ואתך אצבעו בסכין טמאה ותמה הכ"מ דלדידן דקי"ל דאיסור כולל חל על איסור אחר א"כ אמאי מוקי לה הראב"ד בבת אחת וכן המהרש"ל ביש"ש כתב על הראב"ד דלא דק דלא מוקי לה בגמרא הכי רק משום דקאמר דפליגי בבת אחת אבל לדינא יש לחייבו שתים אף בזה אחר זה כיון דקי"ל בכולל אתע"א ובאמת א"א שיטעה הראב"ד בזה. ולפענ"ד ליישב דעתו ז"ל על דרך זה הנה דעת התוספות דאיסור כולל בקל על חמור אינו חל ומבואר מדבריהם דס"ל דלכ"ע אינו חל מדהקשו מסוגיות אחרות שנראה מהן דחל וכ"כ השער המלך בדעתם ובאמת היו התוס' מוכרחים לומר כן דאליבא כ"ע אינו חל כיון שהם מפרשים דקושית הגמרא אי בהקטרה הא אר"י הבערה ללאו יצאת דהיינו דאין בדין איסור משום דהוי קל על חמור ואם היה מאן דאמר דאפילו קל על חמור נמי חל א"כ מאי מקשה על ר"י דלמא ג"כ לר' יוסי חל אע"כ דליכא מאן דס"ל דחל. אבל לפי מה שפירשו הראשונים דקושית הגמרא היא משום דהוי ס"ל דמחייב משום שבת דקאמר היינו חטאת כסתם חיובי דשבת א"כ מכאן אין הכרח דליכא מ"ד דס"ל דכולל אינו חל בקל על חמור ומלינו דר' יוסי ס"ל דכולל חל אף בקל וחמור אליבא דר"ח ובר קפרא. גם הריטב"א בקידושין כתב דנוסחא דייקא גרסי בדרב אשי מ"ד חטאות קתני לאוי קתני אלא שהוא כדחק לומר כיון דשבת חמור אף לאו שלו חל (וזה ג"כ שלא כדברי התוס' דס"ל דלאו דשבת לא חייל) וקושית הגמרא הוי רק משום דהיה ס"ד דחייב משום שבת היינו חטאת וכאמור לראשונים ז"ל והנה למ"ד דזר ששימש בשבת דמיירי בשוחט פר של כה"ג ולדידיה גם ר"ח וב"ק בהכי מיירי וכ"ש לפי המסקנא דפליגי אליבא דר"ש והרי לר"ש הבערה לא יצאת ללאו וחייב סקילה דהרי לדידיה צריך למכתב הבערה להשמיענו דמקלקל בהבערה חייב (וכמ"ש התוס' בשבת דף ק' ע"א דמש"ע לא יצאה ג"כ לחלק) ואפ"ה קאמר ב"ק דאינו חייב אלא משום זרות בלבד וכן בעל מום ששימש בטומאה אע"ג דבטומאה איכא מיתה אפ"ה אינו חייב אלא משום בעל מום לבד א"כ משמע דזרות ובעל מום מחשב לעומת שבת איסור חמור משום דשבת הותר מכללו אע"ג דשבת בסקילה וכן טומאה במיתה מ"מ הרי הותר מכללו ור"ח לא פליגי רק משום דס"ל בכל איסור בת אחת ר"ש מודה דחייב שתים אבל קשה דאיסור שבת וטומאה משום דהותרו מכללן חשיבי קל לא מלינו דפליג ר"ח על ב"ק ולפ"ז את"ל דאין איסור כולל קל על חמור ולפ"ז ניחא דעת הראב"ד דהוא ז"ל סובר כהי דר"ח וב"ק ס"ל לר' יוסי חייב שתים באיסור כולל אפי' בקל על חמור ומדאתני' רבי דוקא דאינו חייב אלא אחת אליבא דר"ש בלבד והרי שבת וטומאה לגבי זרות ובעל מום דלא הותרו מכללן חשיבי קל על חמור מ"מ הרי רבא ור"י ס"ל אליבא דר"י דאינו חייב אלא אחת ופוטר באיסור כולל וסוגיא דחולין שדקדקו התוס' משום דלא חל. ולפענ"ד יש עוד סמך לומר דכולל לא חל בקל על חמור ממתני' דמכות דקתני יש חורש תלם אחד וחייב שמונה לאוין דפריך וליחשב נמי שבועה שלא אחרוש בחול וי"ע ומשני האי תנא לית ליה איסור כולל והקשו א"כ איך חייל נזיר על כהן וא"ל משום דשבועה הוי איסור הבע"י וכמ"ש הריטב"א במכות דהא רב ושמואל ור"י ורבא כולהו ס"ל דחייב ואדמותיב מהך דכריתות לותביה מהך והראב"ד ס"ל דהאי תנא איסור כולל לא חייל בקל על חמור וא"כ נזיר חל על כהן משום דחמור שמביא קרבן על טומאתו ולכך ס"ל לר"א דכהן ונזיר שמלאו מת יטמא כהן ולא יטמא נזיר ואפשר דגם לרבנן דס"ל דלכתחלה יטמא כהן מפני שקדושתו קדושת עולם מ"מ כיון שיש עכ"פ חומרא בנזיר שפיר חייל אבל שבועה א"א לחול כיון דאיתא בשאלה וי"ע ליתא בשאלה ואע"ג דבשבועה מביא קרבן בשוגג השתא מיהא מזיד הוא (וכ"ש שאינו ברור אם מביא קרבן כשנשבע שלא יחרוש בי"ע ובחול כיון דליתא בלאו והן ותליא באשלי רברבי בסוגיא דשבועות דקאמר משכחת לה כדרבא ולפי הפירושים שם) וכיון דמוכרח דזרות ובעל מום חשיבי חמור לגבי שבת וטומאה משום דהותרו מכללן מדלא מחייב בר קפרא אליבא דר"ש רק משום זרות ובע"מ וכעין הכרח שכתב מהרש"א לגבי אשת אח ולזה ס"ל להראב"ד ז"ל דע"כ גם לדידן אינו חייב שתים רק בבת אחת :

ולכאורה יש להכריח כדברי הראשונים דקושית הגמרא אי בהבערה ללאו יצאת אינו משום דקל על חמור אינו חל רק משום דהוי ס"ד דחטאת קתני משום שבת דלפירוש התוס' דהקושיא משום דקל על חמור אינו חל ושבת קל משום דהותר מכללו ואע"ג דטומאה ג"כ הותר מכללו מ"מ כיון שהיא במיתה ובע"מ רק באזהרה אע"ג דטומאה הותר מכללו מ"מ לא חשיב קל על חמור ואע"ג דלרבי בעל מום ששימש במיתה מודה הוא דלר"י אינו במיתה וכרבנן דפליגי עליו וקשה דוודאי אם באנו להקשות אמאי פריך מזר ששימש בשבת הא הוי קל על חמור משום שהותר מכללו ולא פריך מבעל מום ששימש בטומאה כיון דלרבי הוא במיתה א"כ אמאי חל טומאה דהותר מכללו עלי' שפיר י"ל דאין קושיא דמודה רבי דר' יוסי כרבנן דפליגי על רבי ס"ל אבל הא קשיא אמאי קאמר תיובתא דבר קפרא והא לרב אשי לא איירי אלא לקוברו בין רשעים גמורים ואכ"ק קושית התוספות דלמא מסו"ה איירי לזר שאכל מליקה משום דלא קתני רק לקוברו ולא זר שאכל מליקה שחייב שתים ממש ומה שתירצו התוס' דהא קתני בעל מום ששימש בטומאה שחייב שתים ממש כיון דאית להו דר' יוסי מחייב שתים בכולל קשה בעל מום גופא מנלן דחייב שתים ממש דלמא הך ברייתא רבי שנו לה ואליבא דכפשיה דס"ל דבעל מום ששימש ג"כ במיתה ולא אתי טומאה דהותרה מכללה וחייל על בעל מום ולכ"ע לדעת התוס' אבל לדעת הראשונים שקושית הגמרא אינו משום דכולל אינו חל בקל על חמור רק משום דמ"ד דחטאת קתני ולעולם קל על חמור חל דאם לא היה חל אף אם היה הבערה מלאכה לא היה חל משום דהותרה מכללה א"כ שפיר איתותב אמאי איירי':

ואולם לשיטת הרמב"ן שכתב דאת"ל דאין איסור כולל חל על איסור לעונשין וקאמר דאפ"ה לקוברו חייל אם כן אף אם אינו לא כולל ולא מוסיף אפ"ה נקבר בין רשעים גמורים כיון דלקוברו אין צריך דיני חלות האיסור א"כ לא קשיא מאי שהקשו לתוספות אמאי איתותב בר קפרא דלמא ברייתא כרבי דאמר בעל מום ששימש במיתה וכדלעיל א"כ אף בעל מום ששימש בטומאה אינו חל משום דהוי קל על חמור די"ל דא"כ אמאי נקט זר ששימש בשבת ובעל מום ששימש בטומאה דהוי עכ"פ כולל אי לרבותא דר' יוסי דמחייב שתים הלא אפילו בלא שום כולל ומוסיף אפ"ה נקבר בין רשעים גמורים בשלמא הך דכנסא מת ואח"כ נשא חי דמוקי לה רבא לקוברו ניחא ולא שייך לומר אמאי נקט לה בכולל דאיכא למימר דבאמת איירי באין לה אחיות כדאמרן אבל כאן בזר ובעל מום ששימשו דאיכא וודאי כולל קשה מ"ש כולל דנקט ולרבותא ליכא למימר א"כ לתני זר שאכל מליקה דאפ"ה פטור אף לקוברו לבר קפרא לדעת הרמב"ן :

אלא שקשה ר' יוחנן ורבא דס"ל כר' יוסי דפטור באיסור כולל ורק לקוברו ובזה אף היכא דליכא כולל נקבר בין רשעים גמורים וא"כ אמאי לא מותבינן להו מברייתא זו דזר ובע"מ ששימשו ושיירי לזר שאכל מליקה היכי מוקי לה אי כרב אשי ולקוברו מ"ש כולל דנקטי' בשלמא לרב אשי לא קשי' דאיהו איכא למימר דס"ל דגם לקוברו בין ר"ג צריך כולל. כמו לעונשין (והיינו לדעת הראשונים שכתבנו דהקושיא רק משום דמ"ד דחטאת קתני ולא משום דאינו חל דלעולם חל או משום דקל על חמור חל או כסברת הריטב"א דלאוי שבת חמורא כיון שיש בשאר מלאכות סקילה. אבל לרבא ור"י דס"ל בנשא מת ואח"כ נשא אי דאע"ג דאינו חל לעונשין חל לקוברו וא"כ אף בלא שום כולל חייל לקוברו ומ"ש דנקט זר ששימש בשבת ובעל מום ששימש בטומאה דאיכא כולל ולא נקט איסור חל איסור גרידא בלא שום כולל ואם נאמר דהיינו הך ואין הפרש ולא קפיד תנא בזה אכ"ק אמאי איתותב בר קפרא דלמא ברייתא דזר ובעל מום ששימש במיתה ולא חייל טומאה שהותרה מכללה על בע"מ ולכך שיירי משום דלא חשיבי רק שאינו חל רק לקוברו ולא שתים (עד כאן נמצא בהעתק ודי לחכימא ברמיזא) :

סימן קב

בעזרת הש"י שנית בסוגיא הנ"ל

יבמות דף ל"ב ע"א תנו רבנן בא עליה וכו' ל"ק כאן בנשא מת ואח"כ נשא אי וכו' ולכאורה יש לדקדק אמאי לא מוקי האי ברייתא דאינו חייב אלא משום אשת אח בבת אחת וטעמא דר"ש כסברת התוס' לקמן בד"ה באיסור בת אחת ולא הוצרך רבא לאוקמי לקמן לענין לקוברו אלא דלהכי חייב שתים לר"י משום דהוי בת אחת ואין לומר דס"ד דבב"א חייב שתים לכ"ע וא"כ מאי טעמא דר"ש מ"מ מנ"ל להקשות דלמא ס"ל ר"ש כהאי מ"ד בחולין דף ק"א ע"ב דשבת ויה"כ אינו חייב אלא אחת משום דלא ס"ל ב"א. ונ"ל דהכא לסברת התוס' לקמן שזכרנו דלכך לר"ש אינו חייב אלא משום אשת אח אע"ג דב"א משום דאין לה היתר והוי חמור יש להבין מאי קא מקשה רבא התם בשבת ויה"כ סוף סוף תרווייהו בהדי הדדי קא אתי הא שבת הוא חמור דבסקילה. ולכך אינו חייב אלא משום שבת אע"ג דבהדי הדדי קא אתי ואף דתוס' התם בד"ה הזיד בשבת כתב דיה"כ הוי חמור לפי שהוא יום כפרה ומחילה היינו דוקא לענין דלהוי שב מידיעה דלגביה הוי חמור אבל מצד עצמו וודאי שבת חמור אלא דצ"ל דעד כאן לא כתבו התוס' הכא דבב"א קל בהדי חמור לא חל אלא כיון דאמרינן בעלמא איסור חל על איסור בבת אחת אלא דהכא לא חל משום דהוי הותרה בהדי דלא הותרה והאיך נוכל לחייבו על הותרה אבל בעלמא וודאי ס"ל להתוס' דאי אמרינן איסור חל על איסור בבת אחת חייב שתיים ואי אמרינן אין איסור חל על איסור בכ"מ אין שייך לחלק באיסורין ובהכי ניחא דהשתא ס"ד דבכ"מ אית ליה לר"ש דאין איסור חל על איסור אפילו היכא דשוין ואין לחלק באיסורין ומש"ה ליכא לאוקמי בבת אחת א"כ מאי קאמר ר"ש דאינו חייב אלא משום אשת אח ודו"ק :

תוספות ד"ה שנשא מת ואח"כ וכו' אע"ג דבכה"ג שרי ב"ש צרה וכו' ר"ש לית ליה האי סברא דמ"מ הרי הוא אשת אחיו עכ"ל והוא לכאורה מלתא בלא טעמא וי"ל דבהא פליגי דב"ש סבר כיון דאין אחע"א גם לקוברו אינו חייב א"כ הוי שפיר שלא במקום מצוה אבל ר"ש איכא למימר אע"ג דסבר אין איסור חל על איסור היינו דווקא לענין לחייבו שתים מתם אבל לקוברו חייב א"כ צ"ל דהוי שלא במקום מצוה דהא חזינן דמחייבינן ליה שתים לקוברו אך אליבא דרבא ור"י דקסברי אליבא דר"י דבכולל אינו חייב אלא לקוברו א"כ לר"ש גם לקוברו אינו חל קושית התוס' במקומה עומדת. ונראה דר"ש לשיטתיה דסבר דצרות ערוה אסירא ידעינן מולקח ולקחה א"ש דבאות ומקשי התוס' לעיל דף י"ג עמוד ב' ד"ה מאי טעמא דב"ש וא"ת מאי קבעי ליה דלמא מוקמי ליה לצרור לכדר"ש ותירץ משום דמסתבר ליה לדרוש לצרור לצרות אי לאו כו' וחזינן דעיקר קושית הגמ' לא הוי אלא כל כמה דלא ידעינן צרה הוה לן לאוקמי לצרור לצרה ועל זה קא מתרץ רבא דיותר מסתבר לאוקמי לצרור לכדר"ש משום דקסברי אין איסור חל על איסור אבל לר"ש אע"ג דאין איסור חל על איסור מ"מ ידעינן דצרה אסיר מולקח ולקחה דליכא למימר ביה דאי בעי כתיב האי וכו' אלא דלפ"ז מאן דדריש צרה אסירא ומצרור ע"כ דס"ל איסור חל על איסור וא"כ קשה על ר' יוחנן דכתבו התוספות בחולין דף ק"ג ד"ה מר סבר דר"י לית ליה כולל ומוסיף א"כ מנ"ל דצרה אסירא ודוחק לומר דס"ל כר"ש דנפקא ליה מולקח ולקחה דא"כ גם לצרור מוכרח לאוקמי לכדר"ש ואכן לא קי"ל כוותיה בהא אלא צ"ל גם לר"י אע"ג דלית ליה כולל מכל מקום לקוברו חייב כנזכר לעיל וא"כ הוי שפיר במקום מצוה ודו"ק :

מהרימ"ט כתב גבי כהן גדול שבא על אחותו אלמנה אע"ג דאין איסור אלמנה חל על אחותו מ"מ אי לא התרו בו משום אחותו אלא משום אלמנה חייב מלקות משום אלמנה. והקשה עליו השער המלך מתוס' דשמעתין ד"ה ותו חמותו וכו' ובקונטרס לא גרס ליה וצ"ל דמשמע ליה כידון וכו' עכ"ל ואם כן לפי סברת מהרימ"ט האיך אפשר לומר כן דמש"ה לא חייב על א"א משום דלית ליה מוסיף דאפילו אם תמצי לומר דלית ליה מוסיף מ"מ אם לא התרו בו אלא משום א"א יהא חייב לפי סברתו וע"ש שהקשה עליו כמה קושיות ואפשר לומר דע"כ לא קאמר מהרימ"ט דינו אלא אי אמרי' דאף דאין איסור חל על איסור מ"מ חייב שתים לקוברו וא"כ האסור כאן אלא דלא מחייבינן ליה שתים והואיל ולא התרו בו משום ראשון חייב משום שני אבל אי אמרינן דאם אין איסור חל על איסור גם לקוברו אינו חל מודה אע"ג דלא התרו בו משום ראשון והתרו בו משום שני דאינו חייב דהא חזינן דאף לקוברו אינו חל וא"כ א"ש דאיכא למימר דהמקשה ס"ד דאם אמרינן אין איסור חל איסור אף לקוברו אינו חייב ושפיר מקשה דע"כ לית ליה מוסיף ומש"ה אף אם התרו בו משום אשת איש לחוד לא דיינינן ליה ודו"ק :

גמרא א"ר אבהו מודה וכו' והקשה השעה"מ לשיטת רש"י בחולין דף ק"א ע"ב דשבת על יה"כ הוי מוסיף דיה"כ הוי כרת ושבת סקילה א"כ גם חמותו דבשריפה להוי מוסיף לגבי אשת איש דבחנק ותירץ מה שתירץ. ונראה דהכא רש"י שם בד"ה איסור וכו' מורה לנו הדרך דאיסור הנאה הוי מוסיף משום דנתחדש על החתיכה מה שלא היה מעיקרא דמעיקרא לא היה אסור בהנאה ועכשיו מגו דחל ע"כ לענין הנאה חל נמי לענין אכילה דאין איסור שהיה אסור באכילה משום גיד יכול לעכב איסור הנאה יש להבין אמאי הוי בהמת שבת לגבי יה"כ מוסיף מה דבר חדש נתחדש לנו עתה שנוכל לומר מגו דחל על הא חייל נמי אהא אבל אי סבר רש"י כסברת מהרימ"ט שכתבנו לעיל ניחא דגם כאן שייך לומר מגו דאי הוי משכחת שיבא יה"כ קודם שבת לא יכלינן לאתריה ליה משום שבת ועכשיו שבא שבת מגו דחל איסור שבת לענין התראה אם לא התרו בו משום יה"כ חל נמי בשוגג לענין חטאת ולפ"ז ניחא דהכא גם לשיטת רש"י לא הוי מוסיף דבשלמא גבי שבת ויה"כ איירי לענין שוגג ושייך שפיר לומר מגו דחל לענין התרא' במזיד דחייב סקילה חל אשוגג אבל הכא אמזיד גופ' אנו דנין לא שייך לומר מגו. ואפי' אם נאמר דרש"י לא ס"ל כסברת מהרימ"ט ניחא דבשלמא התם גבי שבת ויה"כ הוי דומיא דהנאה דכמו דאמרינן גבי הנאה דמש"ה חל דאין איסור אכילה יכול לעכב על איסור הנאה ה"נ יכילנא למימר גבי שבת דאין איסור מלקות יכול לעכב על איסור מיתה דיכול להיות שיהיה לוקה ואח"כ נסקל ולא אתינן עלה מכח אחע"א דעד עתה לא היה כלל עליו איסור מיתה אבל הכא בא"א שפיר יכול לעכב חנק על סקילה וצריך לאתויי עלה מכח אחע"א והלכך לא הוי אלא חמיר. אבל קשה לשיטת רש"י אמאי אמרינן לקמן דזר ששימש

בשבת הוי כולל דהא גם התם הוי דומיא דשבת ויה"כ אלא אי אמרינן כר' אבי לקמן דזר ששימש מיירי בהקטרה וא"כ לא חייב משום שבת אלא מלקות ולא הוי מוסיף ולפ"ז נראה לומר דרש"י ותוס' אזלי לשיטתייהו לקמן דרש"י פירש דאם אמרינן דפליגי באיסור כולל ואליבא דר"י צ"ל דהאי ברייתא דאינו חייב אלא משום אשת אח דמיירי בכולל בר קפרא לא תני לה ותוס' פירש דתני לה ולקוצרו דהנה מהרש"ל הוכיח לשיטת התוספות ז"ל דסוגיא אזלי אליבא דרב אחא בר יעקב עיין שם. ולפי שיטת רש"י אנו מוכרחין לומר דאזלי אליבא דרב אשי כמו שזכרנו ולפיכך כאיד רש"י ז"ל מפירש התוס' ודו"ק:

תוספות ד"ה איסור כולל הוא וא"ת ודלמא וכו' ואומר ר"י קסבר א"א ונעשית חמותו נמי כולל הוא וכו' והקשה מו"ח הגאון זצ"ל בספרו אהל דוד לשיטת הרמב"ם פרק ד' מהלכות שגגות שכתב שכל אלו שתאסר הערוה עליהן באיסור מוסיף צריך שהאנשים האחרים מצויין בעולם וא"כ דלמא הך ברייתא דא"א ונעשית חמותו מיירי שאין לה קרובים ונראה דליכא למימר דמיירי באין לה קרובים דא"כ מאי טעמא דת"ק ואי משום דהוי חמור הא לא קיי"ל כר' יהודה דאית ליה חמור ועיין בשעה"מ דהוכיח מכח זה דת"ק ע"כ אית ליה כולל משני שמות אמנם להרמב"ן דפירש דר"מ דאית ליה כולל אליבא דר"י מוקים הא דחמותו ונעשית א"א באין לה קרובים הקושי' במקומה עומדת. ונראה ליישב דהנה הרמב"ם בפי' המשנה בסנהדרין כתב וז"ל לענין זיקת ראשונה הוא כגון שתהיה חמותו אשת אב ויבא עלי' וכו' ואין הלכה כר"י עכ"ל ולכאורה הוא תמוה ממ"נ אי דאית ליה לאב בנים הוה מוסיף וגם ר"י מודה כדמוכח בכריתות דף י"ד גבי אם עבר זקן כו' וא"כ מאי קאמר נידון בזיקת הראשונה ואי דל"ל קרובין מאי קאמר דאין הלכה כר"י כיון דל"ל קרובין לא הוי אלא חמור וקיי"ל דבחמור לחודיה בלא כולל ומוסיף לא חל אלא די"ל כך דהתוס' מחלק הכא בין כולל למוסיף דבכולל לא אמרינן משתי שמות ובמוסיף אמרינן והוא לכאורה כנגד רבא בשבועות דף כ"ד ע"ב דקאמר מאן דאית ליה כולל וכו' אלא וודאי דאין לחלק ומאן דאית ליה מוסיף משתי שמות ה"ה בכולל ואיכא למימר הכי דבכריתות דף י"ד במשנה אמר ר"י אם עבר זקן ונשאה חייב משום אשת אב ומקשה בגמ' ומאי איסור מוסיף איכא הכא כגון דאית ליה ברא והרמב"ם יש לו גירסא אחרת כגון דאיתיליד בן קטן לזקן וכתב התוס' יו"ט ותמהני דכי נמי לית ליה ברא ואית ליה אחי איכא מגו וכו' ועוד הקשה על דברי הרמב"ם הנ"ל דהנאסרים צריכין שיהא בעולם וכתב הכ"מ שנלמוד מדתירצו בגמרא כגון דאיכא ברא לקבא הא הרמב"ם דאלו לפירוש זה שם בחיבורו דאם אין כאן אלא אחין הוי נמי מוסיף. ותירץ דאף דדחאו וכו' מ"מ הואיל ונפק מפומא דרבנן שבוראי וכו' עכ"ל וזה דוחק אלא נראה לומר דהגמרא מוכרח לומר כגון דאיכא ברא ומכאן נלמוד דינו של הרמב"ם דהנאסרין צריכין שיהא בעולם ואפ"ה קאמר שפיר בחיבורו דאם אין כאן אלא אחין הוי נמי מוסיף דרמב"ם גרס במשנה אחות אשה ותנא מוסיף והולך מעיקרא תני שש והדר תני שבע והתוס' ישנים כתבו הא דקאמר ר"י אם עבר זקן וכו' לא קאי אלא אבת בתו וכלתו ואף שדוחק הוא מ"מ לכל הפחות נוכל לומר דאכלתו לא קאי והכי קאמר לא משכחת שבע אלא אם עבר זקן אבל בלא אשת אב לא משכחת דכלתו לא חשבינן משום דהוי משתי שמות דר"י לשיטתיה דסבר דלא אמרינן כולל משתי שמות וה"ה מוסיף כמו שכתבנו לעיל והלכך פריך בגמרא שפיר והיכי משכחת שיהיה אשת אב מוסיף משם אחד ותירץ כגון דאיכא ברא זעירא אבל הרמב"ם לשיטתיה דפסק כת"ק דר' יוסי גבי א"א ונעשית חמותו דנידון בחמורה והשער המלך כתב דת"ק ור"י פליגי אי אמרינן כולל משתי שמות וכיון דאמרי' כולל משתי שמות ה"ה וכ"ש מוסיף וא"כ שפיר קאמר הרמב"ם אף דליכא אלא אחין הוי מוסיף וא"כ גם הרמב"ם בפי' המשנה מתורץ שפיר דהתם ג"כ מיירי דאית ליה אחין ול"ל בן ולא הוי אלא משתי שמות והלכך ר"י דל"ל מוסיף משתי שמות קאמר שפיר דנידון בזיקה הראשונה אבל הרמב"ם לשיטתיה דקסבר מוסיף משתי שמות קאמר שפיר דאין הלכה כר"י. והנה המהרש"א הקשה לקמן בתוס' ד"ה אר"י הבערה בקה"ד וא"ת דאמר לקמן ומאן האי תנא כו' וי"ל דאיסור א"א קיל והקשה המהרש"א אכתי קשה איך יחול איסור אחות אשה אאשת אח דחמור מיניה כמו שכתבו התוס' לעיל עכ"ל הא דלא הקשה אברייתא דלעיל דמחייב ר"י שתים בכנסה מת וכו' אע"ג דהוי קל על חמור דאיכא למימר דהא דקתני חייב שתים לא הוי אלא לקוצרו וכיון דמדלעיל ל"ק גם כאן ל"ק דכאן איכא למימר דמיירי באחין מן האם ותוס' כתבו לעיל בדף ב' ד"ה אשת אחיו מאמו דהא דאמעוט אשת אחיו מאמו לא אמעוט אלא מערוה אבל לא מכרת והשתא לא הוי אחות אשה קל על אשת אח כיון דבאחות אשה יש חומרא אחרת דאית בה ערוה מה שאין כן באשת אח מן האם אבל לעיל בפלוגתא דר"י ור"ש ע"כ איירי באשת אח מן האב דמיירי לענין יבום ואם כן הוי קל על חמור ולפ"ז נוכל לומר דגם רבא מחלק בין כולל משם אחד לשתי שמות וגם ר' יוסי מצי סבר כולל משם אחד ואפ"ה הוצרך רבא לאוקמי האי ברייתא דכולל לענין לקוצרו כיון דהוי קל על חמור כמו שזכרנו. ובזה מתורץ קושית התוס' בחולין דף ק"א ד"ה איסור כולל דהקשה לשיטת הסוברים דאיסור הנאה הוי מוסיף אמאי לא מייתי ר' יוסי והשתא ל"ק דרבא לשיטתיה דסבר מאן דאית ליה כולל מידי דהוה אמוסיף וכיון דר"י לית ליה כולל משתי שמות ה"ה מוסיף. והנאה לא הוי מוסיף אלא אי ילפינן אכילה והנאה משני כתובים עיין בפסחים דף כ"א דאיכא למימר מגו דחל לענין הנאה חל נמי לענין אכילה אבל אי ילפינן הנאה מדכתיב לא תאכלו אחד איסור אכילה והנאה במשמע וודאי לא הוי מוסיף וכיון דבא משני כתובים הוי כמו שני דברים והוי מוסיף משתי שמות ומש"ה לא מצי לאתויי ר"י דלית ליה מוסיף משתי שמות וגם בכולל נוכל לומר איפכא דבהאי כולל מודה ר' יוסי כיון דהוי שוין. והנה התוס' ישנים שזכרנו לעיל הוא תמוה דכתב דר' יוסי לית ליה מוסיף אלא בשוין אבל לא בקל על חמור ואם כן מאי פריך ר' אדא בסנהדרין דף פ"א ולידון נמי כו' כראיית התוס' לקמן בד"ה אמר ר' יוסי ונראה ליישב דתוס' ישנים נמי גרס הכא ותו חמותו מוסיף כר"ת ומיהו במה שפירש ר"ת דגמר' לא חש לתרץ אלא באחת הסוגיות מחולקין דכאן כיון דהגמרא מתרץ לקוצרו בין כו' באמת סבר ר"י דאף את התרו בו משום אשת איש ולא משום חמותו לא דיינינן ליה באשת איש כיון דהוי קל על חמור ושפיר מתורץ קושי' האהל דוד דגמ' מקשה הכי האי איסור אחות אשה הוי כולל בקל על חמור ואם תאמר דר"י אית ליה נמי כולל בקל על חמור והו חמותו כו' וכיון דלית ליה מוסיף בקל על חמור כ"ש כולל ודו"ק: **ועוד** יש להביא ראיה לשיטת התוספות ישנים משמעתין דלקמן דמקשה הגמרא והאר"י הבערה ללאו יצאת וקשה קושית התוס' דלאו מי לא מצי לאוי גרידא ומוכרחין אנו לומר כתירץ התוספת דקושית הגמ' משום דהוי קל על חמור ותוספות ישנים לית ליה חילוק בין כולל למוסיף כשיטת התוס' אלא כמו שכתבנו לעיל דכולל ומוסיף שוין וכיון דר"י לית ליה כולל בקל על חמור ה"ה במוסיף והתם בסנהדרין איכא למימר דהגמ' סבר דר"י אית ליה קל על חמור אפילו בכולל וכ"ש במוסיף והלכך פריך הגמ' שפיר דהא אמר ר' אבהו כו' ודו"ק:

תוספות ד"ה אלא אמר רבא לפי המסקנא כו' ולפי מה שכתב הרמב"ן ז"ל בשמעתין דמש"ה ליכא למימר דבהאי אוקימתא דפליגי ר' חייא ובר קפרא באיסור כולל ואליבא דר' יוסי דיהא מחולקין לענין לקוצרו כיון דאין איסור חל על איסור ואפ"ה חייב לקוצרו אין חילוק בין כולל לשאר איסורין ואפילו היכא דליכא כולל אמרינן דחייב לקוצרו לא מצי לאוקמי גם האי ברייתא דמוסיף לענין לקוצרו דא"כ אפלוגי בתרתי ל"ל אלא ע"כ דמודה ר"י באיסור מוסיף דחייב שתים מהם ומש"ה צריך למתני תרווייהו בכנסה חי וא"כ כנסה מת להודיע כחו דר"ש דלית ליה איסור מוסיף ובכנסה מת אשמעינן אף דלית ליה כר"י כולל מ"מ חייב לקוצרו ודו"ק:

תוספות ד"ה אלא מליקה בבת אחת וי"ל דגם איסור נבלה לא חייל אאיסור מעילה דחמור מיניה. ויש להבין הא אי כמי איסור נבלה חמור לא חייל דהא ליכא לא כולל ולא מוסיף וחמור לחודיה קיי"ל דלא חל ואיכא למימר דתוס' ס"ל כדעת הראב"ד דס"ל גבי שבועה שלא אוכל ככר זה היום ואח"כ נשבע שלא יאכלנה דחל השבועה שניה משום דכולל הזמנים וא"כ ה"כ דאי איסור מעילה לא הוי חמור שפיר חל נבלה ע"י כולל דהא משום מעילה לא אסור אלא עד אחר הזריקה ומשום נבלה אסור לעולם והוי כולל בזמנים אבל השתא דנבלה קל לא חייל אפילו ע"י כולל דבקל על חמור ליכא למ"ד כמש"כ התוס' לקמן ודו"ק :

בא"ד ועי"ל דר"ש לטעמיה וכתב התוספ' רא"ש אע"ג דשמעתין אליבא דר"י כו' ע"ש. ונראה דכוונתם בזה הוא דלכאורה מאי קא מקשה אע"ג דבר קפרא סבר כו' הא לבר קפרא באמת ס"ל דאינו חייב אלא אחת אלא ע"כ צ"ל דקושייתם הוא לפי האמת דמסקינן דפליגי בבת אחת ואליבא דר"ש דבר קפרא סבר דר"ש לית ליה בת אחת אבל מכל מקום בת אחת הוא ולבר קפרא דס"ל היתר זריקה היכי משכחת בבת אחת ועל זה שפיר מתרלי דר"ש לטעמיה :

הרשב"א הביא בשם הראב"ד דזר שאכל מליקה הוי בת אחת דמיד כשהביא שתי שערות כו' והקשה עליו הרמב"ן ומאי דחמותו ונעשית אשת איש דחייב משום חמותו אע"ג דאשת איש קדים חל עליו משעה שהביא שתי שערות ותירץ הרשב"א דכיון דכשנשא זה בתה וכו' דאם כן איסור דוחה איסור עכ"ל ע"ש. וגם הריטב"א למסכתא קידושין הביא ג"כ סברת הראבד לישב פירש"י שפירש דלר"ש דס"ל דאוכל נבלה ביה"כ פטור אף בנתנבלה ביה"כ דאין איסור יה"כ חל על איסור אמ"ה והקשו עליו הא מ"מ כשנתנבלה פקע מיניה איסור אמ"ה וא"כ איסור נבלה ויה"כ באים כאחת ולדברי הראב"ד ניחא דלעולם איסור נבלה קדים דכשהביא שתי שערות חל עליו איסור נבלה והקשה עליו דא"כ חמותו ונעשית א"א מאי נידון משום חמותו הא איסור אשת איש קדים ואם כן מלינו איסור דוחה איסור עכ"ל ויש להבין מאי מקשה דא"כ מלינו איסור דוחה איסור דהא מלי למימר דמשום זה באמת נידון בחמותו דלא כימא איסור דוחה איסור כתירוץ הרשב"א. ונראה לומר דלפי מה שהביא הוא סברת הראב"ד ומקשה שפיר דע"כ מלינו איסור דוחה איסור דלמ"ד בהמה בחייה לאו לאברים עומדת וא"כ כשנתנבלה ביה"כ לא היה עליה שום איסור ועיקר' אלא יה"כ דומיא דחמותו ונעשית אשת איש ואפ"ה דייכינן ליה משום נבלה וא"כ איסור נבלה דוחה איסור יה"כ ומש"ה מקשה דגבי חמותו גם כן כימא הכי:

והשעה"מ הקשה לפי סברת הראב"ד מאי קאי מקשה רבא בחולין דף ק"א ע"ב סוף סוף תרווייהו בהדי הדדי קא אתי והא כיון דשבת קדים חל עליה אע"ג דהשתא בהדי הדדי אתיין הוי שבת קדים לפי סברתו כגון דאייתי שתי שערות כבר קודם יה"כ ושבת קדים וצ"ל דמיירי דאייתי שתי שערות ב.ה"כ שחל להיות בשבת מ"מ מכ"ל להקשות. ונראה לומר דרבא הוכיח דע"כ מיירי בכה"ג דאייתי שתי שערות ביה"כ שחל להיות בשבת דאל"כ אמאי קאמר הזיד בשבת ושגג ביה"כ פטור הא משכחת נמי איפכא דהביא שתי שערות ביה"כ דיה"כ קדים אלא ודאי שהביא שתי שערות בשבת והוא יה"כ ואפ"ה קאמר דחייב משום שבת משום דקביעא וקיימא ומש"ה פריך שפיר סוף סוף כו' והשתא פריך הגמ' שפיר בפשיטות וריה"ג לית ליה כולל דהא הכא ע"כ חד מינייהו קדים או שבת או יה"כ ואפ"ה מחייב ריה"ג שתים. ובזה מיושב קושית התוס' דהקשו כיון דס"ד השתא דשבת קדים אמאי אילטריך שבת הוא והשתא ניחא דהא גם משכחת דיה"כ קדים אם הביא שתי שערות ביה"כ ודו"ק:

אלא דל"ע לפי סברת הראב"ד מאי קא מקשה הגמר' בחולין דף ק"ג ע"ב וקסבר שמואל כו' והא' שמואל מכין כו' ומש"ה חייב בזו"ח שתים דהוי בת אחת דהא מיד שהביא שתי שערות חל עליו איסור בזו"ח ואיסור נבלה וגבי טומאה לא הוי אלא כולל דהא מחוסר מעשה דטומאה וכולל לית ליה ול"ע :

תוספות ד"ה ובר קפרא כו' וקשה לר"י דהכא משמע כו' ולפי סברת הראב"ד יש ליישב קושית התוס' דלעולם איסור מוסיף עדיף והא דקאמר ר' חייא במסקנא דר"ש לית ליה בת אחת ה"ה במוסיף והא דקתני אינו אלא משום אחות אשה מיירי בכה"ג דנשא א' תחל' אשה ונאסרה עליו אחותה משום אחות אשה ואח"כ עשו שליח לקדש שתי אחיות מש"ה אינו חייב אלא על אחות אשה לפי סברת הראב"ד אבל היכא דנשא חי ואח"כ נשא מת דהוי מוסיף איכא למימר דמודה ר"ש :

ובאופן אחר י"ל דהנה הריטב"א כתב דהיכא שני איסורין באין לפניגו לחול ואחד מהן הוי מוסיף אע"ג דשני אין בה לא כולל ולא מוסיף אפ"ה חייל דמגו דחל האי חל נמי האי והשתא י"ל דמודה ר"ש באיסור מוסיף והא דלא מחייב אלא משום אחות אשה דאיירי דלית ליה אחין ואפ"ה לר"י חייב שתים משום דר"י ס"ל בת אחת וכאן מתחלה היה איסור אחות אשה ואח"כ בא איסור אשת אח וא"א בבת אחת ובאיסור א"א איכא מוסיף והוא וודאי חייל ואיכא למימר מגו דחל א"א חייל נמי אשת אח אבל ר"ש דלית ליה בת אחת לא חייל אשת אח בהדי א"א דחמור בחנק. ולשיטת הרמב"ם דלא ס"ל כסברת הריטב"א דמפרש מתניתין דכריתות דהבא על בת בתו כו' דבעינן שיהא הנאסרין בעולם ואע"ג דאיכא בהו איסור אשת איש דהוא מוסיף אפ"ה בעינן שיהיו הנאסרים בעולם יש לומר גם כן דאיירי דלית ליה אחין והא דחייב ר' יוסי שתים היינו לקוברו ודו"ק :

המהרש"א הקשה על קושית התוספות דהא לשיטת הקונטרס כו' דר' חייא תני לה ולא עכ"ל ונראה דהוכחת התוס' כך היא דע"כ מוסיף לא עדיף מבת אחת דאל"כ אמאי נקטי פלוגתייהו באיסור בת אחת ליפלגי באיסור מוסיף ולרבותא דאפילו מוסיף ל"ל והא דאיצטריך התוספות לאוכיחו מהא דקתני לעיל אינו חייב כו' היינו משום דבלאו האי ברייתא נוכל לומר דגם ב"ק סבר דר"ש אית ליה מוסיף ודו"ק :

בא"ד וכן משמע לקמן דאיסור בת אחת עדיף מדפריך כו' ולכאורה יש להבין היכא הביאו ראיה ומהמסקנא הא התוס' צריכין להביא ראיה אפילו בלא קושיא זאת אנו מוכרחין לומר דאיסור בת אחת עדיף ועל זה צ"ל ראיה מלקמן דבמסקנא סבר הכי אבל לעולם איכא למימר דבה"א סברי דמוסיף עדיף. ונראה לומר דהוכחת התוס' כך הוא דע"כ אין סברא כלל לומר דמוסיף יהא עדיף מבת אחת דא"כ מאי מקשה הגמ' לבר קפרא דלמא סבר כס"ד דמוסיף עדיף וא"כ גם כולל עדיף ושייר לר"י דבבת אחת מודה דאינו חייב אלא אחת ואין לומר דקושית הגמ' הוה דא"כ ר' חייא שקורי משקר ואליבא דמאן אתניי' חייב שתים בבת אחת הוה ליה לגמ' לאקשויי הכי בהדיא :

גמרא אלא לבר קפרא ר' חייא שקורי כו' והקשה התוס' רא"ש דלמא אליבא דר"מ אתניי' ותירץ דאי אליבא דר"מ אתניי' הוה ליה למתני' חידוש יותר דאפילו בכולל חייב שתים ולכאורה אכתי קשה דלמא אתניי' אליבא דר"ע דרמ"ע כתב דמסוגיא דחולין משמע דר"ע ל"ל אלא בת אחת. לכך נראה לומר דע"כ ס"ל לר"ע ולר"מ בת אחת היינו היכא דליכא הותרה בהדי דלא הותרה אבל הכא דהוי חד מינייהו הותרה איכא למימר דלית להו בת אחת. ולפ"ז נוכל לומר דגם ר"ש אית ליה בת אחת בעלמא אליבא דכ"ע ואפילו בר קפרא מודה והא דקאמר כאן דאינו חייב אלא אחת היינו משום דהוי הותרה ובזה מיושב קושית התוס' בזבחים דף ע"ה ע"ב בד"ה אבל עלים ולבונה וא"ת מאי אריי' כו' ותירלו דמשכחת לה בבת אחת מיהו למאי דבעי למימר בפ"ד אחין דר"ש גם ב"א ל"ל קשה עכ"ל



אבל למאי דקאמרינן הכא ניחא . ובאופן אחר נראה ליישב קושית התוס' דהנה הרמב"ם בפרק ח' מהלכות מעילה הלכה ג' כתב כל המועל בזדון לוקה שנאמר לא תוכל לאכול וכו' ותמה המ"ל דשיעור זה דש"פ למלקות מנ"ל דהא סתם אכילה בכזית וכיון דהא מקרא דלא תוכל נפקא א"כ מנ"ל דלוקה על שוה פרוטה ותירץ כיון דאשכחן גבי שוגג דכתיב וכי תמעול מעל אפילו על שוה פרוטה חייב קרבן ה"כ במזיד לענין מלקות עכ"ל והשתא איכא למימר כי היכי דלרבנן ילפינן מזיד משוגג לענין חומרא שיהא חייב אפילו על שוה פרוטה אפילו דליכא כזית ואף דסתם אכילה בכזית ה"ה אליבא דר"ש נוכל לומר איפכא דלדידיה בכל שאר איסורין כל שהוא למלקות אפ"ה גבי מעילה ילפינן מזיד משוגג לקולא שלא יהא חייב עד שיהא שוה פרוטה והשתא א"ש לא מבעיא לשיטת הרמב"ם דסבר דאף דחצי שיעור אסור מן התורה אפ"ה חל עליו שאר איסור וודאי דצריך ר"ש לומר דמש"ה לית בהם טומאה משום דאין כאכלין דמכח אין איסור חל איסור צ"ל דאין בהם טומאה דהא הטומאה יכול לחול על ח"ש היכא דליכא שוה פרוטה דמשום מעילה לא חייב ללא אפילו לשיטת הסוברים דאם חצי שיעור אסור מן התורה אין שאר איסור יכול לחול עליו מ"מ ר"ש לשיטתיה מצי סבר דהיכא דבעי שיעור דח"ש מותר דהר"ן בשבועות כתב דמאן דסבר דח"ש אסור מן התורה צריך טעמא דחזי לאצטרופי וגם קרא דכל חלב עיין שם וא"כ ר"ש דסובר דכל שהוא למלקות לא שייך לומר דחזי לאצטרופי וא"כ ע"כ סבר דח"ש מותר ושפיר יכול האיסור טומאה דבכל שהוא לחול על הלי שיעור ומעילה ומשום הכי הוצרך לומר דטומאה לא שייך בהן הואיל ואין כאכלין ודו"ק :

גמרא זר ששימש כגון דאייתי שתי שערות בשבת ולכאורה קשה אליבא דר' האי דמוקי לה בהקטרה היכי הוי איסור בת אחת הא על הבערה חייב בכל שהוא ובהקטרה קיי"ל דאינו בפחות מכזית כמ"ש מהר"ם ברבי ע"ש ונראה לומר דר"י ור"ש לשיטתייהו דסברי מלאכה שאינה צריכה לגופה פטור עליה הכי נמי איכא למימר כיון דאינו הקטרה בפחות מכזית הוי מלאכה שאינה צריכה לגופה ואינו חייב עד שיקטיר כזית והוי שפיר בת אחת ודו"ק :

בתוספות ד"ה איסור כולל אתניי' כו' אבל לר"י חייב שתים בכולל דא"כ לא הוי טעי בר קפרא והקשה במהדורא בתרא הא כשערבינהו הוי סבר דמליקה מכשרת בכולל וכו' ע"ש . ונראה כוונת התוס' דבהא וודאי לא טעי בר קפרא שיטעה דגם זר שאכל מליקה יהא מכשרת ע"י כולל דא"כ קשה קושית התוס' רא"ם מאי מקשה הגמ' לעיל לבר קפרא ר' חייא שקורי משקר והא איכא למימר דאתניי' אליבא דר"מ ואין לומר כתירוצו דהוה ליה לאתנוייה חידוש יותר אפילו בכולל חייב שתיים דלמא באמת אתניי' אלא דהוא טעי וסבר דבבת אחת אתניי' כי היכי דטעי מדר"מ לר' יוסי. אלא וודאי דאי אפשר לטעות בהכי ועל כן פירשו התוס' דהכי טעי דרבי אתניי' סתם זר ששימש ובעל מום ששימש אינו חייב אלא אחת ורבי לא הוי בדעתיה אלא אי אתרמי ע"י כולל אלא דבר קפרא טעי שיסבור רבי אפילו בבת אחת כיון דאתניי' סתם והלכך עירב מליקה בהדייהו ומוכח שפיר דאליבא דר' שמעון אתניי' דאי אליבא דר' יוסי לא הוי טעי שרבי יסבור בבת אחת דבבת אחת וודאי ר' יוסי מחייב שתים ודו"ק :

גמרא אלא מליקה למאן שייר' וקשה דלמא לעולם שייר' משום דר' יוסי מודה דאינו חייב אלא אחת משום דלא הוי לא כולל ולא בת אחת דהא בר קפרא סבר דהיתר זריקה שינו ולתירץ השני שכתבו התוס' לעיל דנוכל לומר דאם אין כאן אלא איסור מעילה שפיר יכול לחול האיסור נבלה וא"כ נבלת קדים מאי אמרת כיון דר"ש לטעמיה הוי בת אחת וחייב שתים ה"ה לר"י כפירוש התוס' רא"ם בתירץ התוס' לעיל הא השתא דפליגי בבת אחת ואליבא דר"ש סבר בר קפרא דלא מחייב ר"ש אלא אחת ואפשר לומר כיון דשם זרות הוי כולל שאסור מלך זרות על כמה דברים שפיר חייל ואף דמעיקרא נמי הוה עליה זרות ועיין ברמ"ע שכתב דוגמא זאת ול"ע :

תוספות ד"ה אמרינן הבערה תימא אמו וכו' וי"ל דאף על גב במוסיף וכו' מ"מ באיסור כולל ס"ל דלא חייל קל על חמור עכ"ל ולכאורה לפי דברי התוס' דהכא קושית התוס' בסוף נדרים במקומה עומדת דהקשו אמאי אמרי' כטולה אני מן היהודים יפר חלקו וכו' האיך חל איסור נדר על איסור אשת איש ותירצו דהוי כולל וכו' עיין שם ולפי דברי התוס' דהכא אף דהוי כולל היכא חל הא הוי קל על חמור . ונראה ליישב דהנה מו"ח הגאון זצ"ל בספרו אהל דוד הקשה מאי מקשים התוס' היאך חייל איסור נדר הא איכא למימר דמתלא תלוי כמו גבי אחות אשה. ונראה דגבי נדר וודאי לא שייך לומר מתלי תלי כיון דבשעה שנדרה לא חייל האיך יכול אח"כ דהא השתא לא נדרה ואין הנדר חל אלא בשעת הדיבור אלא איכא למימר דתליא בהא דהי אמרינן אין איסור חל על איסור אפילו לקוברו אינו חל וא"כ בשעת הנדר לא הוה חל כלל והאיך יחול אח"כ אבל אי אמרינן דאף דאין איסור חל על איסור מ"מ לקוברו חל וא"כ הנדר חל מיד לענין לקוברו איכא למימר כיון דפקע איסור אשת איש חל הנדר ממש לענין לחייבו ואין כאן איסור חל על איסור . ולפי"ז מיושב קושית התוס' דהתם א"ל דאף דקל על חמור לא חל עכ"פ לענין לקוברו חל ושייך לומר מתלי תלי כקושית הגאון מו"ה אהל דוד זצ"ל ודו"ק :

הרמב"ן הקשה על פירוש התוס' הא מ"מ יהא חל כיון דשם שבת חמור שבשאר מלאכות חייב סקילה . ונראה לומר דלכאורה קשה אמאי לא תירצו תוס' דהכי פריך האיך יחול איסור שבת הא הוי כולל מבני שמות לשיטת הריב"א בפסחים דף ה' לר' יוסי דאמר הבערה ללאו יצאת אינו חייב ב"ע משום הבערה דלא הוי בכלל לא תעשה כל מלאכה וא"כ הוי הבערה ושאר מלאכות שני שמות אבל לאו מלתא היא דהכא לא צריכא לאתויי עלה מכח שאר מלאכות דהבערה עצמה הוי כולל דקודם שבת לא הוי אסור אלא בהבערת גבוה אתי שבת ומגו דנאסר בהבערת הדיוט נאסר נמי בהבערת גבוה. ולפ"ז מיושב קושית הרמב"ן דמשאר מלאכות לא נוכל לומר כולל דהוי משתי שמות וע"כ צריך לאתויי עלה מכח הבערה והוי קל על חמור ודו"ק :

בא"ד וא"ת דאמר בחולין התורה אמרה וכו' והקשה השער המלך הא הוי מוסיף דמשום נבלה נאסר לגבוה כמו שכתבו התוס' בחולין דף ק"א ובזבחים דף ע' . ונראה לומר דתלי' בשני תירוצי הגמ' בחולין דף ל"ז ע"ב ע"ש דלתירוץ קמא דאי אפשר שלא תהיה מסוכנת פורתא וודאי דאיסור נבלה לא הוי מוסיף דמקמי הכי נמי הוי אסור לגבוה אבל אי אמרינן דאפשר שלא תהיה מסוכנת איכא למימר דהוי מוסיף והשתא א"ש דאיכא למימר דתוס' פריך הכא אליבא דהאי תירוץ דאי אפשר שלא תהיה מסוכנת וא"כ לא הוי אלא כולל ואשכחן כולל בקל על חמור והתם בחולין נמי מקשי התוספות שפיר להאי תירוץ דאפשר אמאי סברי רבנן דנבלה לא חל הא הוי מוסיף . ובזה ניחא מה שתירצו דנבלה הוי חמור משום דמטמא דלכאורה קשה דאיך יחול טריפה על איסור חלב דהא בטריפה ליכא חומרא זו דלא מטמא ובזה ניחא דבטריפה איכא למימר דהוי מוסיף אפילו להאי תירוצא דבנבלה הי אפשר דלא הוי מסוככת פורת' בטרפה אפשר ודו"ק: **אלא** דלכאורה קשה מאי מקשה התוס' מנבלה דלמא שאני נבלה דגלי קרא כמו שכתבו התוס' במעילה דף ע"ז ללוי דאף דס"ל בעלמא דאין איסור חל על איסור אפ"ה חל איסור נבלה אאיסור טמאה משום דגלי קרא דחל אחלב ה"ה אטמאה א"כ הכא נמי נימא הכי אלא נראה לומר דלכאורה לריב"ג קושית התוס' במקומה עומדת דס"ל דאפילו כולל בשוין לא חל אלא דווקא חמור על קל ואמאי חל נבילה על חלב הא הוי קל על חמור לחד תירולא

דגמרא בפסחים דף כ"ג ע"ב דחלב לא הוי הותר ומכללה דבבהמה מיהא לא אשתרי ואי זילו אי כימא דהותרה לא הוי אלא שוין וריה"ג לית ליה שוין אלא דלריה"ג באמת איכא למימר שאני הכא דגלי קרא ואין לומר דנילף מהכא דהוא סבר דילפינן מינה בו כי יחללוהו דאין איסור חל על איסור אבל לר' יוסי מקשה התוס' שפיר כיון דחזינן דהתורה אמרה יבא איסור נבלה ויחול על חלב נילף מיניה וליכא למימר דיליף ממותו כי יחללוהו כמו ריה"ג דא"כ אמאי קאמר דבשוין חל ועיקר קושית התוס' לא הוה אלא הואיל ור"י אית ליה כולל בשוין ודו"ק:

תוספות ד"ה אלא לקוברו וכו' מ"מ פריך שפיר לבר קפרא וכו' כיון דר' חייא אית ליה כולל ומהרש"ל גרס בר קפרא כיון דגמ' מקשה הכא אליבא דבר קפרא ונראה לקיים גירסת התוס' דהנה לכאורה קשה מאי מקשה הגמ' דלמא לעולם איירי' לר' יוסי דלא חשיב אלא הכי דלקוברו. אבל זר שאכל מליקה דחייב שתים מטעם לר' יוסי לא חשיב כקושית התוס' לעיל אע"ג דר' חייא מוכרח לומר דר' יוסי אית ליה כולל משום דאי לא"ה לא הוי טעי בר קפרא אבל עכ"פ לבר קפרא דהוא סבר דלא טעי איכא למימר דסבר דר"י לית ליה כולל אלא דצ"ל כיון דר"ח סבר דר' יוסי אית ליה כולל ע"כ בר קפרא נמי הכי ס"ל דאם לא כן אמאי פליגי בבת אחת ואליבא דר' שמעון לפלגי בכולל ואליבא דר"י וא"כ מנא ידעינן דבר קפרא סבר כולל אליבא דר' יוסי כיון דר' חייא סבר הכי וא"כ שפיר גרסי' ר' חייא ובזה מיושב. נמי מה שיש להקשות על הגמ' דלמ' לעולם לר"י איירי' דבזר שטימא ובעל מום שטימא היינו חייב לר"י אלא לקוברו הואיל והוי קל על חמור דב"ק מצי סבר דהאי ברייתא אליבא דרבי אתי' כמ"ש התוס' בדבור שלפני זה דאליב' דרבי הוי ג"כ בעל מום שטימא בטומאה קל על חמור הואיל ובעל מום בגיתה אבל השתא ניחא דליכא למימר לבר קפרא יהא משכחת דבעל מום שטימא היינו חייב שתים אליבא דר' יוסי כיון דלר' חייא חייב שתים מטעם לפלגי בהכי כמו שכתבנו לעיל ודו"ק:

סימן קג

בעזרת השם יתברך בסוגיא הנ"ל בשם בן המחבר הרב מהר"מ נ"י:

ראשית השנה שנת **תירו"ת** לפ"ק אונגוואר יע"א:

הרמב"ם בפירוש המשניות לסנהדרין פירק הך דאמר ר' יוסי נידון בזיקה הראשונה כתב וז"ל וענין זיקה הראשונה כמו שאבאר כגון שתהיה חמותה ואשת אביו שחמותו היא בשריפה ואשת אביו בסקילה ואם היתה חמותו קודם שישאנה אביו נידון בשריפה ואם נשאה אביו ראשון ואחר שהיתה אשת אביו נעשית חמותו נידון בסקילה יעויין שם. וכבר התעורר אאמו"ר הגאון זצ"ל חדא למה נקט הרמב"ם גוונא אחרינא מאי דאיתא בברייתא הכיור באשת איש ונעשית חמותו ועוד הקשה דהרי בחמותו ונעשית אשת אב הוי איסור מוסיף ומודה ר' יוסי באיסור מוסיף וא"כ למה כתב הרמב"ם דנידון בשריפה דהרי איתוסף איסור לגבי שאר אחין:

התוספות בקידושין דף ע"ז ע"ב ד"ה פרט ובכריתות דף כ"ג ד"ה מי הקשו על מה דאמרו שם בגמ' דר"ש ל"ל איסור חל על איסור מהך דאמר ר"ש האוכל נבילה ביוה"כ פטור דהרי שם בקידושין ובכריתות הוי איסור מוסיף ונבילה לגבי יוה"כ לא הוי רק כולל וא"כ מנ"ל דר"ש לית ליה איסור חל על איסור אף באיסור מוסיף ותירצו בתוספות דהגמ' ידע דר"ש ל"ל אף איסור מוסיף מהך ברייתא דתניא בפרק ארבע אחין הבא על אשת אחיו שהיא אחות אשתו אינו חייב אלא אחת בין נשא מת ואח"כ נשא חי ובין נשא חי ואח"כ נשא מת והקשו התוס' בכריתות א"כ הבא ובהאי דקידושין אמאי לא הביא אותה הש"ס ולפענ"ד דהנה הגאון אאמו"ר ז"ל בספרו אהל דוד ביבמות דף ל"ג כתב דלפי דברי הירושלמי דר' שמעון משום ר' טרפון אמר כאומר כרת בשבת וכאומר כרת ביוה"כ מה שבת אין בו מלקות אף יוה"כ אין בו מלקות וכתב זקיני ז"ל דמדנקט שבת ויה"כ משמע דווקא שבת ויוה"כ דאין היתר לאיסורן הוא דאינו נפטר במלקות מן הכרת הא שאר איסורים שיש היתר לאיסורן יש בהם מלקות וכתב דלפי"ז י"ל דהא דאמר ר"ש גבי אחות אשה ואשת אח דאינו חייב אלא אחת היינו משום אחות אשה דיש היתר לאיסורה אמנם אשת אח דאין היתר לאיסורה (דבמקום מצוה לא חשיב היתר לאיסור) אין כאן חיוב מלקות אח"ד יע"ש. והנה לפי דבריו אין כאן ראיה כלל מהך דר"ש דל"ל איסור חל על איסור י"ל דר"ש אית ליה איסור חל על איסור והא דאינו חייב אלא אחת משום דאין כאן חיוב מלקות רק משום אחות אשה ואם כן אין ראיה דר"ש לית ליה איסור מוסיף רק דצריך לומר דיה"כ חשיב אין היתר לאיסורו דאם נאמר דחשיב היתר לאיסורו אם כן גם על אחות אשה אין חיוב מלקות והנה התוס' כתבו לקמן דאף אם נאמר דר' שמעון אית ליה בת אחת מכל מקום אחות אשה ואשת אח אם אירע דבאו שני האיסורים כאחד חייב רק משום אשת אח דאחות אשה קיל דיש היתר לאיסורה וכתבו האחרונים דבזה מתורץ קושית התוס' דהקשו דאם נתנבלה ביוה"כ הרי איסור יו"כ ונבלה באו כאחד וכתבו דלפי דברי התוספות דבים היתר לאיסורו אין האיסור יכול לחול על איסור שאין היתר לאיסורו ואם כן לכך פטור מן יה"כ דאין איסור יה"כ אשר יש היתר לאיסורו אחר יוה"כ חע"א נבילה אשר אין היתר לאיסורו (וזהו כפי כוונת הפלתי ושאר אחרונים בדברי התוס' הנ"ל ויעויין באהל דוד שם) וא"כ לפי"ז אם נאמר כתירוץ הנ"ל מוכח דיה"כ חשיב יש היתר לאיסורו וא"כ אין לומר דלכך אינו חייב אלא אחת דהיינו משום אחות אשה לבד משום דיש היתר לאיסורה דהרי גם יוה"כ יש היתר לאיסורו ועיקר הילפותא הוא מיו"כ וא"כ גם על אחות אשה לא היה חייב מלקות וא"כ אמאי אינו חייב אלא אחת וע"כ הטעם משום דר"ש לית ליה איסור מוסיף ולפי"ז יש לומר דמהך ברייתא דיבמות לא מצי הגמ' לאתויי משום דהיינו יכולין לומר דאינו לוקה רק משום אחות אשה משום דיש היתר לאיסורה ור' שמעון סובר כר"ט דאין לוקין רק על חייבי כריתות דיש היתר לאסורן ולכך הביא הגמ' הך ברייתא דאוכל נבילה ביו"כ דפטור דמוכח דר' שמעון לית ליה איסור כולל ומדפטר גם בנתנבלה ביו"כ מוכח דר"ש חשיב יו"כ יש היתר לאיסורו וממילא מוכח גם מהך ברייתא דנשא חי ואח"כ נשא מת דאינו לוקה רק משום אחות אשה דלית ליה לר' שמעון איסור מוסיף:

והנה כתבו האחרונים דנבלה חשוב איסור מוסיף משום דאסור לגבוה וכתבו שזהו כוונת התוס' בזבחים דף ע' ד"ה יבוא שהקשו דלמה לי קרא דיבוא איסור נבילה ויחול על איסור חלב דלמאן דאית ליה איסור מוסיף למה לי קרא כוונתם משום דאסור לגבוה. והנה אם נאמר דנבילה הוי איסור מוסיף מתורץ קושית התוס' דהאיך מוכח מהך דאוכל נבילה ביו"כ דלית ליה לר"ש איסור מוסיף ולזה י"ל לפי דברי הריטב"א דמפרש הא דאמר ר' שמעון אין חייב אלא אחת היינו דאם נתנבלה קודם יו"כ דאיסור נבלה קדים לא אתי יו"כ וחל אאיסור נבלה ואם נתנבלה ביו"כ לא אתי איסור נבלה וחל אאיסור יו"כ וכיון דנבילה הוי א"מ ממילא מוכח דר' שמעון לית ליה גם איסור מוסיף וכן כתב אאמו"ר הגאון ז"ל:

רק דצריך להבין א"כ אמאי קאמר הגמ' בשבועות דר"ש לית ליה איסור כולל מהך דאוכל נבילה ביו"כ דהרי אם נאמר דנבילה הוי איסור מוסיף מוכח דגם מוסיף לית ליה לר' שמעון. והנה י"ל דהנה צריך להבין אמאי הוי נבילה מוסיף ואי משום דאסור לגבוה דהרי סתם בהמה לאו לגבוה קיימי וכמו שכתב השער המלך דזה הטעם הסוברים דנבילה לא הוי איסור מוסיף ונראה לומר. דהנה איתא בקידושין דלכך גרושה ונעשית

זונה דחל האיסור משום דשם זנות פוסל בישראל ופירש רש"י והרמב"ם כגון אם זינתה תחת בעלה נאסרת אף על בעלה הכא נמי אע"ג דהאי זנות לאו תחת בעלה הוא מיהו שם זנות אשכחן ביה מוסיף בעלמא עכ"ל רש"י הנה. מוכח מזה דאם אשכחן באיזה פעם דהוי מוסיף אע"ג דעתה לא הוי מוסיף מכל מקום הוי בכלל מוסיף דיוכל האיסור לחול. והנה כמו כן גבי נבילה אע"ג דקדשים בהמות לאו לגבי מזבח קיימי והבהמה היא חולין מ"מ אם היתה קדשים ונתנבלה הוי איסור מוסיף ואשכחן שם נבילה דהוי מוסיף וא"כ גם עתה דהיא חולין מ"מ הוי מוסיף:

אמנם הגאון אאמ"ו ז"ל הביא בתשובתיו מה שהקשה לו ש"ב הגאון מהור"ר אברהם ז"ל דהרי הרמב"ם בהלכות שגגות פסק דבעינן שיהיו האסורים בעולם וכתבו המפרשים כלים כי יצא לו מסוגית הגמ' דכריתות דף י"ד עמוד ב' דהקשה על מה דאמר ר' יוסי במתני' דאם עבר הזקן ונשאה חייב עליה משום אשת אב דמאי א"מ איכא ואמר שם כגון דאיכא ברא לסבא יע"ש. והנה יפלא הדבר דבקידושין אמרינן דכיון דשם זנות פוסל חשבינן ליה לאיסור מוסיף ובשאר הדברים בעינן דווקא שיהיו האסורים בעולם. והנה אם יכולין אנו לומר דבזה פליגי האמוראים דרב חנן בר קטינא דאמר בקידושין הואיל ושם זנות פוסל סובר דאין צריך שיהיו האסורים בעולם והגמ' כריתות דאמר דווקא דאיכא ברא לסבא סוברת דצריכים שיהיו האסורים בעולם א"כ יש לומר גם כן דהסוגיות פליגי בזה דבגמ' שבועות סוברת דבעינן שיהיו האסורים בעולם ולכך אמר הגמרא דאיכו מוכח מהך דאוכל נבילה ביו"כ רק דר"ש ל"ל איסור כולל דנבילה לא הוי מוסיף. אמנם הגמ' בקידושין ובכריתות סוברים דאינו צריך שיהיו האסורים בעולם. ואם כן נבילה כיון דאסור לגבוה חשיב איסור מוסיף וא"כ מוכח דר"ש גם מוסיף לית ליה:

אמנם לכאורה כיון דרב חנן בר קטינא הוכיח את זאת מכח הברייתא דקתני דזונה חל על איסור גרושה וע"כ צריך לומר משום דשם זנות פוסל בישראל ומוכח דאף אם אין האסורים בעולם מ"מ הוי מוסיף וא"כ מכח להגמ' כריתות דבעינן דווקא שיהיו האסורים בעולם. ונראה דהנה התוס' יבמות דף ל"ב ע"ב ד"ה איסור כולל הקשו דלמא ר"י אית ליה כמי איסור כולל ותירצו דר"י סובר דאשת אח ונעשית חמותו כמי איסור כולל הוא דמגו דאתסר בשאר קרובות וקתני דכידון באשת איש ומיהו אור"י דלהאי לישנא לקמן דסבר ר' חייא דר"י מחייב תרתי באיסור כולל ל"ל דא"א ונעשית חמותו לא חשיב איסור כולל וכו' עכ"ל. והנה הרמב"ן בחידושיו כתב דלר' חייא דסובר דר"י מחייב תרתי באיסור כולל ל"ל הא דאמר ר"י דא"א ונעשית חמותו כידון משום א"א אע"ג דאיסור כולל דמיירי באשה שאין לה שום קרובות שתיאסר עליה והנה כמו כן למסקנא דפליגי באיסור כולל ואית ליה לר"י איסור כילל לר' חייא ובר קפרא וכמ"ש התוס' וא"כ מוכח מן הברייתא דסבר ר"י דצריכין שיהיו האסורין שיהיו בעולם ולכך שפיר קאמר הגמ' שם בכריתות אליבא דר"י כגון דאית ליה ברא לסבא דלר"י צריכים שיהיו האסורים בעולם. והנה לפי"ז להברייתא דא"א ונעשית חמותו אליבא דר"י דכידון בא"א י"ל או דר"י לית ליה איסור כולל או אם כאמר דר"י אית ליה איסור כולל צריך לומר שאין האסורים בעולם. והנה לזה יש לומר דלכך נקט הרמב"ם הציור בחמותו ונעשית אשת אב דהוי איסור מוסיף וע"כ צ"ל דמיירי שאין האסורים בעולם דהא מודה ר' יוסי באיסור מוסיף וע"כ צריך לומר דאין האסורים בעולם וא"כ גם באיסור כולל היכא דאין האסורים בעולם כידון בזיקה ראשונה ואם היה נקיט הרמב"ם בא"א ונעשית חמותו הוה אמינא טעמי דר"י משום דלית ליה איסור כולל וכמ"ש התוס' ולכך נקט באיסור מוסיף להורות לנו טעמא דר"י משום דאין האסורים בעולם ות"ק דר"י סובר כמו הברייתא דקידושין דאין צריכים שיהיו האסורים בעולם והרמב"ם בפירוש המשניות י"ל ג"כ דסובר שאין צריכים שיהיו האסורים בעולם ולכך פוסק כת"ק:

והנה להרמב"ם לפי מה שפוסק בחיבורו דצריכין שיהיו האסורים בעולם וגם כן פוסק דאיסור זונה חל על איסור גרושה משום דשם זנות פוסל בישראל ע"כ אין לומר דסוגיות חלוקות הם ויעויין בתשובת אאמ"ו הגאון זצ"ל מה שתירץ על סתירת הדברים. והנה יש ליישב דברי הפירוש המשניות על אופן אחר הנה התוס' כתבו מהך דחמותו ונעשית אשת איש מוכח דר"י לית לי' איסור כולל ולהאי לישנא דסובר דר"י אית לי' איסור כולל צריך לומר דחמותו ונעשית אשת איש לא חשיב איסור כולל אע"ג דאיתסר בשאר קרובות משום דלא הוי משם אחד וכתב השעה"מ דהת"ק ור"י בהא פליגי דת"ק סובר דלא בעינן משם אחד ולכך כידון בחמותו אמנם ר"י סובר דבעינן משם אחד ולכך כידון בזיקה ראשונה והביא ראי' לדבריו מהך דסוף פג"ה דפרכינן וריה"ג לית ליה איסור כולל והתניא יה"כ ושבת וכו' וכתבו התוס' דלכך אף דאיסור שבת קדם מ"מ חל יו"כ משום דמגו דאתסר באכילה איתסר נמי בעבודה דעלמא' דאיכא תנא דסובר דכולל חל גם אם הוא משני שמות. והנה נראה לפענ"ד די"ל דבהא פליגי ולכ"ע כולל משני שמות לא חשיב כולל דהנה הקרובות אסר נאסרות על האדם כשנושא אשה המה אמה ואם אמה ואם אביה ובתה ובת בתה ובת בנה הנה כל השם אלו מן הכתוב אשה ובתה את בת בנה ואת בת בתה וזולת אחותה הוא מן ואשה אל אחותה והיא בכרת והשאר ניתתן בשריפה. והנה בכריתות דף י"ד ע"ב איתא במתניתין ריב"כ אומר הבא על חמותו חייב עליה משום חמותו ואם חמותו ואם חמיו אמרו לו שלשתן שם אחד הן וקאמר בגמ' דטעמא דריב"כ משום דשמות מחולקין הן ורבנן ס"ל כר' אבהו אמר ר' יוחנן שאמרה הכא זימה הכתוב עשאן לכולן זימה אחת. והנה לפי"ז י"ל דת"ק ור"י פליגי בפלוגתא דריב"כ ורבנן דר' יוסי סובר כריב"כ דחשיב להנך קרובות שמות מחולקים ולכך סובר דלא הוי כולל משום דאינן משם אחד דזו מקרי חמותו וזו אם חמותו וכן כולם. אמנם הת"ק סובר כרבנן דהתם דהכתוב עשאן זימה אחת וכולן שם אחד הן ולכך חייל דהוי כולל משם אחד אמנם בכולל בשני שמות שמות גמורים לא חייל:

ומה שהקשה השער המלך מהא דאמרינן דחל יוה"כ אשבת משום כולל מגו דאתסר באכילה אתסר נמי בעבודה י"ל דהנה רש"י בשבת סוף פרק ואלו קשרים פירש דהך שבתון הנאמר ביו"כ הוא שבתון מאכילה. ומזה רצה הגאון בעל חת"ס זצ"ל ללמוד דאין ביו"כ איסור עשה על מלאכה. אמנם הגאון אאמ"ו זצ"ל בחידושיו חולק על זה מכמה ראיות דיש גם גבי יו"כ איסור עשה ומ"מ למדנו מדברי רש"י דגם המניעה מאכילה מקרי שבתון. והנה התוס' כתבו דלכך אכילה ועבודה נקראו שם אחד משום דשניהם נאסרו בלשון קריבה. והנה לזה יש לומר דכיון דמלאכה שבת המניעה ממנו נקרא שבתון וכן המניעה מאכילה נקרא שבתון ולכך חל על ידי כולל משום דהוי שם אחד:

והנה י"ל הוכחת הגמרא דר"י ליה ליה איסור כולל דהנה הרמ"ע בתשובותיו סימן קכ"ג כתב וז"ל הא למדת לכל איסורי עריות שהכולל לאיש מוסיף לאשה כי אין שום דבר שיחול בו האיסור אלא גופות המתחייבים בו ושם ביאה לגבי הדדי חד הוא רק שהגורם חיוב לחבירו במוסיף הוא עצמו מתחייב בכולל וכן בהיפך וכו' ועם זה יש מקום עיון לדברי ר"י דמודה במוסיף ולית ליה איסור כולל והא תנן בפרק ד' מחוסרי כפרה כל העריות אחד האיש ואחד האשה שוים לעונשים חוץ משפחה חרופה ולית מאן דפליג עלה ואם איתא שהמוסיף לאיש הוא כולל לאשה ואיפכא ה"כ הא לא שוו דמאן דאיתא במוסיף לחייב ומאן דאיתא בכולל ליפטר וכו' והעלה באמת לר"י איכו מודה במוסיף רק אם אין האשה בת עונשין יעויין שם. ויעויין בכודע ביהודה תניינא חאה"ע סימן ק"כ ובהפלאה קדושין דף ע"ז כי לא ראו דברי הרמ"ע האלו ועל כל פנים מדבריו אנו לומדים דהיכא דהוי מוסיף לאיש וכולל לאשה או להיפך אי אמרינן דר"י רק מוסיף אית ליה ולא כולל אין לנו לומר דידון בחמורה

כיון דאין אנו יכולין אותה לדון בחמורה כיון דלדידה לא הוי רק כולל וא"כ גם אותו אין יכולין אנו לדון בחמורה. והנה לפ"ז לא קשה קושית אאמ"ו הגאון זצ"ל על מה שכתב הרמב"ם בפירוש המשניות דחמותו וכנעשית אשת אב נידון בשריפה. הגם דאשת אב הוי מוסיף דאתוסף אסורא לגבי שאר אין מ"מ גבי דידה לא הוי רק איסור כולל דהרי לגבי דידה חתנה הוא חתיכת האיסור האסור עליה ולא נתוסף עליו שום איסור רק מצד כולל דנאסרת על שאר אין משום אשת אב נאסרה גם עליו משום אשת אב. והנה לדידן דאית לן איסור כולל ואיסור מוסיף ולכך נידון בחמורה. אמנם לר"י דלית ליה איסור כולל רק איסור מוסיף וכיון דהיא בשריפה ממילא גם הוא בשריפה דהאשה והאיש שוים לעונשין. והנה י"ל דמזה מוכח דר"י ל"ל איסור כולל דכיון דאמר ר"י סתם נידון בזיקה ראשונה ומשמע באיזה אופן שיהיה נידון בראשונה. והנה בחמותו וכנעשית אשת אב למה לא ידון בחמורה דהא הוי איסור מוסיף ורק משום לדידה הוי כולל וא"כ גם בא"א וכנעשית חמותו אף דהוי איסור כולל מ"מ הא ר"י ל"ל איסור כולל ולא דמוכח מכאן דר' יוסי ל"ל איסור כולל דהרי יש לומר דר"י סובר דזה לא הוי כולל. משום דהוי שני שמות ורק דעיקר הוכחה הוא מהך דאמר ר"י נידון בזיקה וכמו שכתבנו. והנה לזה נקט הרמב"ם גוונא אחריתא ממה שמפורש בברייתא דאם היה נקיט בא"א וכנעשית חמותו עוד היינו מסופקים אם הטעם משום דלית ליה כולל או משום דלא הוי כולל ולכך נקט בחמותו וכנעשית אשת אב וע"כ הטעם משום דל"ל לר"י איסור כולל ודו"ק :

סימן קד

במסכת נדה דף כ"ב עמוד ב' פסק מר עוקבא הלכה כדברי כולן להחמיר ותמה המל"מ בפרק ב' מהלכות אישות מאי נ"מ בסימן האמצעי בשלמא הקטן שלא תמאן והגדול שלא תחלוץ עד בואו אבל בסימן האמצעי אין נ"מ ולכאורה הנ"מ פשוט אם נתקדשה אחר בוא סימן הקטן לאחד וחזרה ונתקדשה אחר בוא סימן השני לאחר דאם לא היה כאן ספק רק מפני הקטן והגדול מ"מ לא היתה מקודשת לשני אבל עתה חיישינן לסימן האמצעי וצריכה גט משניהם רק דבעל סדרי טהרה סתר זה דאמאי לא ניחוש שמא נשרו דהא בדאורייתא חיישינן וא"כ בלי חשש סימן האמצעי [illegible] גט משניהם דאולי לאחרי שנתקדשה לראשון באו סימנים אחרים ונשרו. ולי נראה דכיון דאם באה לכלל שנים וידענו דלא הביאה סימנים ליכא עוד חזקה דרבא כמשמעות תוס' בב"ב דף קכ"ד ע"ב בדבור הראשון שם ומבואר בתוס' נדה דף נ"ח ע"ב דכל היכא דליכא חזקה דרבא לא חיישינן שמא נשרו. ולפ"ז זו שנתקדשה תחילה לאחד אחר בוא סימן הקטן וע"כ אחרי י"ב שנים נתקדשה ואם תאמר דאין קידושין תופסין משום דקטנה היא וע"כ הגיע לכלל שנים ובלי סימנים ואם לאח"כ נתקדשה לשני אחרי בוא סימן האמצעי אם לא היו חשש מחמת הסימן לא היה לנו למיחוש שמא נשרו סימנים אחרים דהרי אין בזו חזקה דרבא וזה פשוט :

אלא דלכאורה יש נ"מ גם לענין נגעים דאם היה בנתק שער לבן דק כדי ליטול בפי הזוג שהוא שיעור האמצעי לרש"י ושער שחור כדי לקרוץ בצפורן דאם לא היה ספק על סימן האמצעי היתה מ"מ טהורה דאם הוא סימן טומאה גם שער שחור הוא סימן טהרה מה שאין כן עתה חיישינן דאולי השער לבן שהוא כשיעור האמצעי הוא סימן טומאה והשחור מפני קוטנו אין בו כדי לטהר וגם זה פשוט רק דלפ"ז יש לתמוה אמאי לא הביא הרמב"ם בספרו כלל סימן האמצעי והרי יש נ"מ גדולה דאע"ג דכתב במעד שינטל בזוג עד לכוף ראשן לעיקרן הוא ספק אין זה מספיק דהרי יש חילוק גדול להיכא דשייך ומ"כ כמובן. והיה נראה לומר דבר חדש דלפי מה דאיתא בנדה דף ז' ח' דלשמואל ור"א אין הלכה כר"א אלא בד' לשמואל רק בסדר טהרות ולר"א בכולי תלמודא ומוכח שם דאף להחמיר אין לחוש כר"א בשאר מקומות מדקאמר ר"ז לר' פדת דמיניה ומאבוה משתרי קטף בשביעית לעלמא מכלל דאפילו לחומרא ליתא לר"א וא"כ ליתא לדמר עוקבא דחש לדר"א כאן ואמר דהלכה כדבריו להחמיר דהוי יחיד במקום שנים ועוד דהוא תלמידו של שמואל כידוע בשבת פרק שני ובאלו מגלחין ושאר מקומות וא"כ אפשר דגם להרמב"ם כדי לקרוץ בציפורן הוא שיעור הקטן אלא דלא פסק כוותי' ואם הוא שיעור האמצעי לדעתו כמ"ש נושאי כליו ז"ל מ"מ לא הוצרך להביאו ומ"מ יש לתמוה על מה שכתב הרמב"ם בפ"ז מהלכות טומאת צרעת בשער שחור אינו מציל עד שיהי' בו כדי לכוף ראשו לעיקרו והרי כשיהי' השער לבן רק ליטול בפי הזוג ראוי שיציל ומ"כ :

סימן קה

בעזה"י להלכות אונס ומפתה. בשם בן המחבר הרב מהר"מ ני'

בכתובות דף מ' ע"ב פליגי ר' מאיר ורבנן אי קטנה יש לה קנס או לא ר' מאיר סובר דקטנה אין לה קנס וכן הוא סתם משנה כל מקום שיש מכר אין קנס ועלה קאמר ר"י אמר רב זו דברי ר"מ אבל חכמים אומרים יש מכר במקום קנס. והנה דעת הרי"ף והרמב"ם דקטנה יש לה קנס. אמנם הר"ח והראב"ד פסקו דקטנה אין לה קנס כסתם משנתינו אחרי כי לא איפסק בגמ' בהדיא דלא כסתם משנה אין לנו לדחותה מהלכה ועיין בר"ן ורא"ש סוף אלו נערות. וכלפענ"ד דהנה לקמן דף מ"ד ע"ב תני ר' יוסי בר זבידא ואם מאן ימאן לרבות יתומה לקנס. והנה הקשו הראשונים דהאיך נוכל לומר דהפסוק מרבה יתומה לקנס דהרי הך פסוק איירי במפותה ומפותה הא מחלה ואף בבא עליה ואח"כ נתייתמה מ"מ אין לה קנס אם היא גדולה ועיין בפ"י שם. והנה תירצו דאיירי בקטנה דלא שייך בה מחילה והנה אם נאמר כתירוץ הלזה מוכח מהך דרשא מריבוי הכתוב דאם מאן ימאן דקטנה יש לה קנס (ועיין בתוספות דף ל"ט ע"ב ד"ה אין) אמנם עוד תירצו דקנס אינה יכולה למחול כדברי הירושלמי דסובר דקנס אינה יכולה למחול רצו המפרשים לומר משום דהוי דבר שלא בא לעולם דהרי אינו מתחייב בקנס רק משעת העמדה בדין. והנה לר"מ דסובר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם גם קנס יכולה למחול. אמנם כתב הפלאה דהרי גם למ"ד אדם מקנה דבר שלא בא לעולם קודם שבא לעולם יכול לחזור בו וא"כ כיון דהיא תובעת הקנס הרי חזרה ממחילתה ומגיע לה קנס. והנה יש לומר דהנה ר"מ ור"י פליגי במתנה על מה שכתוב בתורה דר"מ ס"ל אף בדבר שבממון מתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל ור"י ס"ל בדבר שבממון תנאו קיים. והנה הקשו התוס' לקמן דף כ"ו ד"ה הרי וז"ל אבל קשה דגבי נזקין נימא דלא יכול למחול דהרי הוי מתנה על מה שכתב בתורה והרי איתא דהאומר קרע כסותי על מנת לפטור פטור ותירץ הר"ר אלחנן ודודאי אם אמר על מנת שאין לך עלי דין נזק הוי מתנה על מה שכתוב בתורה אבל למחול יכול עכ"ל יע"ש. והנראה מדברי התוס' דלר"מ דסובר דאף בדבר שבממון תנאו בטיל וא"כ בנזק וה"ה בקנס לא מהני רק אם מוחל הנזק וכן הקנס. אמנם לר"י דסובר דבדבר שבממון תנאו קיים וא"כ אף אם אמר על מנת שאין לך עלי דין נזק תנאו קיים וכן פירש הקצות החושן את דבריהם בסימן ר"ט סוף סעיף קטן י"א יע"ש ועיין בקצות החושן סימן תכ"ד סעיף קטן א' :

והנה יש לומר דהנה גבי מפותה דלא אמרינן כלל דמחלה רק דאנן אמרינן דמחמת הכאת בעילה מחלה הכל וכמ"ש התוס' לעיל ד"ה קרע והנה לר"מ דס"ל בדבר שבממון תנאו בטל ואין יכולין לבוא רק מצד מחילה וא"כ גבי קנס דהוי דבר שלא בא לעולם דאף דהוי מחילה מ"מ אחרי כשהיא תובעת הרי חזרה מהמחילה ויש לה קנס. אמנם לר"י דיכולין לומר דהוי כאלו אמרה דאין עליה דין קנס ולא התחיל החיוב כלל דאם

אנו באין מלד מחילה הרי התחיל החיוב ורק דמחלה שפיר אנו כולין לומר דא"ס אח"כ תובעת דרואין דחזרה בה וממילא יש לה קנס אמנס אם אנו באים מלד זה דהוי כאלו אמרה דאין עליה דין קנס ולא התחיל החיוב כלל ואין כאן לומר דחזרה ממה שמחלה דהא לא התחיל החיוב כלל. והנה בהך דמתנה עמ"ש בתורה בדבר שבממון תנאו קיים פסקינן כר' יהודה כדמוכח בב"ב דף קכ"ו דדחיק הגמ' לאוקמי סתם מתני' כר"י והנה לפי"ז קאמר דגמ' זו דברי ר"מ דדווקא ר"מ לשיטתיה דאית ליה בדבר שבממון ג"כ תנאו בטיל וע"כ אם אנו רולין לומר דמלד הכאת בעילה מחלה הקנס אין אנו יכולין לומר רק מטעם מחילה וממילא כשתובעת דחזרה בה ומגיע לה הקנס וא"כ גם במפותה אף דהיא גדולה יש לה קנס ושפיר הולרך הריבוי דאם מאן ימאן ביתומה גדולה דאף דהיא מפותה מ"מ יש לה קנס אמנס לר"י דאית ליה תנאו קיים גבי דבר שבממון וא"כ יכולין אנו לומר דמלד הכאת בעילה הוי כאלו אמרה דאין עליה דין קנס כלל וא"כ גדולה מפותה אין לה קנס וע"כ לריכין אנו לומר דהך ריבוי הוא בקטנה ומוכח לדידן דפסקינן כר"י דקטנה יש לה קנס ודו"ק :

סימן קו

שלום וכל טוב להגאון המהולל. חריף ובקי. זך ונקי. כקש"ת מוה"רר פייבל אב"ד דק"ק פאקש יע"א :

אודות האיש אשר הפן ליסא אחר מות אשתו בתולה אחת שהעידו עליו כי אחותה בעולת בעל אכלה עמו ושתתה עמו מקערה אחת ותשכב עמה על מלע אחת תחת מכסה אחד ואסרה מעכ"ת כי' עליו מדין הנטען על אשה לא ישא בתה ואחותה יפה הורה מעכ"ת כי' ואין ספק שאין בכל דברי המעוררין והכוקפין ממש אחרי כי ברמב"ס מבואר להדיא דאף בקול בעלמא אסורה וכן דעת רש"י והנמוקי יוסף בריש כושאין אף כי אין מלפון נטען כ"כ ראיה דהרי לרב מתני' דתכן דהנטען על אשה והוליאוה וכו' מיירי בעדים ולכך אין כ"כ ראי' כס מהתוספתא שסמכו זה לזה דהרי תנא דמתני' קמך להדדי דטען על השפחה והך אע"ג דלרב מיירי בעדים דווקא ולא גשמע דפליגי רב ורב ששת רק בנטען על אשה ולא באחרים כא"כ עכ"פ אינם שוים לחד מ"ד אע"ג שסנוים סמוכים מ"מ מחרי כי כתב הרמב"ס בקול בעלמא אסור אם כן כ"ש בעידי כיעור כזה דגרע מקול בעלמא דהרי על קול ליכא מ"ד דמפקינן מבעל ובעידי כיעור איכא למ"ד דמפקינן אע"ג דלא קי"ל הכי :

והנה מעכת"ר כי' כתב שנראה לו שדין זה תלוי במה שנסתפק הח"מ אם כשראו הכיעור ידעו בוודאי שלא זינתה אם אסורה דלמא זינתה פעם אחרת והב"ש כתב שמדברי הרמב"ס משמע דאין להחמיר בזה ומעכ"ת כתב דדברי הח"מ נראין לו ומדברי הרמב"ס אין ראיה דהתם להפסידה כתובתה. והנה לפענ"ד קרובים דברי ב"ש דלמה לא נוקי אחזקת כשרות ונאמר כי עד עתה שלא ראינו בה מאומה רע לא זינתה וכדקי"ל אפילו בע"ז וכמבואר ביו"ד סימן קי"ט בב"י שם והנה אין רגלים לדבר ומכוער יותר מקינא וכסתרה דבעינן ששהה כדי טומאה ומשמע דאם לא שהו אף על גב דע"י מקרה כתפזרו ממקום סתירתן מותרת אע"ג דאין לך מכוער יותר מזה שהרי קינא לה וכסתרה ומשמע דלכ"ע מותרת גם לבועל וכן מהך סוף כדרים פרעי' כואף להולא וערק דאמרינן דאם איתא דעבד אסורה אירכוסי מרכס לכאורה איכו מוכרח רק דעתה לא עביד אסורא לא על פעם אחרת שלא ראה אותם אדם ואפ"ה מותרת ולדעת התוס' בכתובות דף י"ב ע"ב הייכו לבועל ואדרבה לענין כתובה היה לכו לומר דלא תיקנו חכמים רק לכנועות ולא לפרוצות העוברת על דת וכמ"ש הרמב"ם שם ומכל מקום כידון דמעכת"ר כי' אין הוכחה כלל דלא עביד איסורא כי מאן דעבד הא ושוכב תחת מכסה אחד לעיני מריעיו יש לחושדו גם כן כי עביד איסורא בלילה כאשר היו ישנים דהרי לא מירתת כלל ומפיהם וה"ס גם הס יגבר וגו' ובהקו אין מדבק קדים דבארעא ישראל ובכלל פרילי יהשבו לדעתי כי ראו עדות כזה ושתקו ולא מיחו ולא כיהו בו אם כן וודאי יש לחושדו שעבד איסור בלילה וכבר כתבו התוס' דאפילו בר"ה יש סתירה בלילה עיין ריש נדה בתוספות ד"ה שם ובסוטה דף כ"ח הביאו כן מן הירושלמי וא"כ הורא"ת מעכ"ת כי' ברורה ומפיכים יקרה; והמערער נפשו לא מטוהרה :

והנה אם היה אפשר לברר שלא נועדו יחד השכוב הזה עם המשודכת מעת מות אשתו עד כי יגיע יום הכישואין כגון שהיא המשודכת הוא במקום רחוק רק אמה כתקשרה עמו לקחת בתה היה אפשר ללדד ולהקל על פי מה שכתקשתי בהך דיכא דלא ישא בתה וכו' ואמרו דטעם דכפי לא קפדו אהדדי דהרי קי"ל בעל אשתו ומשמרתו בישראל ואמאי כיחוש להכי ומלאתי שהקשה הריטב"א כן ותירץ דהכי הייכן דלמא עלת זימה ביכיהן שישא זה את זה ולא תקפיד ומבואר מזה דכל שאין לחוש לזה אשתו משמרתו ואולם באמת הוא כמעט מן הכמכע לעמוד על זה ומדברי הריטב"א אלה יש לפקפק על מה שכתב המל"מ בפרק ג' מהלכות סוטה דאין להביא ראיה ממתני' דהאשה רבה דף ל"ד דהיכא דהם אוכסים או שוגגים מותר (וכמ"ש הב"ש) דשאני הכא שאף שלא ישא קרובות שכי' מ"מ תבוא השכיה לבקר אחותה ואיכא חשש זכות וכן כתב שם המ"ל בתחילה לדקדק מדמותר בשליסית ואמאי לא תאסר מפני השכייה הבאה אליו ולפ"ד הריטב"א הכ"ל לא מיבעי מה שכתב בתחילה לאסור השליסית מפני השכייה וודאי א"א לומר כן גם אם היה הדין בעלמא אם ככם באיסור יוליא מפני חששא זו מ"מ כאן כשכשא השליסית לא היה יודע מאומה וא"א לומר שהתכה עמה ולכך וודאי אשתו משמרתו אלא גם על דבריו השכייס יש לפקפק דהיה משמע ודאי אף מי שיש לו אשה וכטען על אשה אחרת שאסור ליסא בתה מטעם אולי תבוא לבקר את בתה במקום דירתה ושם לא תהיה אשתו הראשונה משמרתו וא"כ זה שכתב המל"מ דלכך מותד בקרובות שניה שאף אם לא ישא אותה תבא לבקר את אחותה הראשונה וכן העלה המל"מ להלכה כן ולפענ"ד דל"ע דזה שבאה לאחותה אשתו הראשונה כגון שא"א לומר דהתכה עמה ע"כ שלא תקפיד וכ"ש שם שהיה בהיתר גמור בשעת כישואין אם תבוא אליה אחותה אשתו משמרתו מה שאין כן אם ישא בתה וייחד לה מקום בפ"ע לא תשמרכה אשתו ודיכו של המל"מ ל"ע למעשה :

דברי ידידו הקטן מאיר א"ש :

סימן קז

אודות האשה אשר גרשה בעלה כי טענה מ"ע והכה לפני הגירושין ילא עליה לעז מאיש אחד וגם העידו עלי' שראו אותו באישון לילה מחבקה ומנשקה אבל הבעל שלחה ומדעתה לא בעבור השם רע רק מפני רוע לבבה ואחרי כי לא תבעה ממכו מאומה ואפילו הולאות הגט שלחה לנפשה אבל מעכ"ת כי' אומר לה לאחר הגירושין כי לפי הלעז אשר עליה כי כטמאה מן הכחשד אסורה היא לו לעולם והיא כחשה ותאמר לא פעלתי און ואין דעתה כלל עליו והנה עתה כשהדכו יחד האם יש למחות בכל עוז לבלתי ישאכה :

והנה הביא מעלתו כי' ספקו של הח"מ אם העדים רא דבר מכוער אבל ידוע כי או לא כטמאה כי לא שהו כלל כדי טומאה האם יש לחוש אולי כטמאו פעם אחר והב"ש הכריע דמדברי הרמב"ס פ"ד מהא"ב משמע דלא חיישינן, כראה דהייכו מדכתב הרמב"ס שם וז"ל או שהיו שם עדים שראו דבר מפוער ביותר שהדברים מראין שהיה שם עבירה עכ"ל משמע דווקא היכא דאיכא למימר שהיה דבר עבירה בשעת הכיעור אבל ל"ע דהרי הר"א מזרחי בתשובה סימן ק"ה והב"ש הביא תשובה זו בסעיף קטן ה' כתב על איש שראה בעיכיו גוי מחבק ומנשק לאשתו ודבר אחר לא ראה וידוע כי אז לא כטמא'

וגרסה

דגרסה הבעל ונשאל אם מותר להשיאו עלה להחזירה והשיב דדייק מדברי הרמב"ם האלו דאע"ג דאין כופין להוציאה משום דליכא עידי טומאה אפ"ה אין להשיאו להחזירה ואם הרמב"ם מיירי דווקא בשיש לחוש שהיה שם עבירה א"כ מנ"ל להוציא מדברי הרמב"ם על נידון ההוא דאיירי שהיה ידוע שלא נטמאה אז אע"כ דהרא"ש לא ס"ל לחלק בכך. ולפענ"ד היה נראה לומר דאין כל הענינים שוים כי רק למעלה מן הכילה או מנעלים הפוכים ואפי' מנעלים זא"ז מן הבור או מתייחדים באפלה כל שלא שהו שיעור טומאה אין בכל אלו לחוש שהיא נטמאה פעם אחרת אחרי כי זה הפעם לא נטמאה עוד לא עשו דבר מה שיש לחוש שעברו איסור אשת איש כי אפילו יחוד שהוא מן התורה נראה דה"ד ביחוד שיש בו כדי שיעור טומאה ועל אלה הראשונים שהזכיר הרמב"ם שם כתב שהדבר מראין שהיה שם עבירה דאם לא כן על מה תעיד רק מן הכילה שיהיה ראוי לחוש פעם אחרת אבל גיפוף ונישוק שהוא לוקה מן התורה להרמב"ם ושיטתו וכ"כ הטור באה"ע סימן ך' שהיא אסור שהוא לוקה משום לא תקרבו לגלות כו' שהדברים האלה מביאין לדבר עבירה והוא נקרא חשוד על העריות כמבואר שם בש"ע מודה הרמב"ם. ואולי גם הב"ש דאף על גב דאז ידוע שלא היה שם דבר עבירה אפ"ה יש לחוש וכמ"ש הרא"ש שם דאין להשיאו עלה שיחזירה משום הרחק מן הכיעור ה"ה לבועל אסור משום הרחק ממך לזות כו' וכ"ש הוא דאלימו אלים לקלי' מה דליתא בבעל כמבואר ומלבד זה דהדי הח"מ והב"ש לא מיירי רק לענין להוציא אם כבר כנסה אבל לכתחלה כתבו שניהם ז"ל דרק משום לעז בלבד אסור לישאנה והב"ש כתב דמשמע כן מדברי רש"י ביבמות דף כ"ד ע"ב גבי נטען על השפחה שפירש רש"י דהוא לעז בלבד ולכך ערער מעלתו כי' דלהרמב"ן שהביא הרשב"א משמע להדיא דאפילו בידוע שבא על שפחה אם כנס לא יוציא דמתני' בעדים מיירי והאריך בזה ליישב קושית רמב"ן מן התוס' על רש"י. הנה באמת הרמב"ן לא חלק על רש"י רק מפני שנראה מדבריו דדווקא בלעז בעלמא אם כנס לא יוציא אבל בבא עליה ממש יוציא וכן היה מקום לומר להיפך לדידן דקיי"ל דכולם גרים הא בבא עליה ממש לא שייך לומר לא יכנוס דלא ס"ל לרש"י הנך חששות דכתב הרמב"ן ולא אסרו לכתחלה רק היכא דנטען והוא מכחיש ואומר דנקי וחף ומפשע הוא ע"ז אמרו לא יכנס שלא להחזיק הקול אבל בבעל ממש אין לחוש ובין כך עכ"פ יקשה מהתוספתא דקתני גם בא עליה לא יכנוס ואם כנס לא יוציא אבל להרמב"ן וודאי ג"כ אפילו בעד בלבד לא יכנוס ומבואר הוא בחי' רמב"ן יותר מאשר מבואר ברש"י כי כתב שם הרמב"ן בקושיתו על רש"י וז"ל עוד מצאתי בתוספתא הנטען על א"א כו' הבא על השפחה והנכרית וכו' ודקתני גבי א"א הנטען וגבי שפחה הבא מכלל דדווקא קתני שב"ע בעדים ואפ"ה אם כנס לא יוציא הרי מבואר להדיא דבא"א הנטען. ונראה דגם דלדידי' בשפחה אפילו בנטען לבד גם כן אסור ולא קתני בשפחה הבא ובא"א נטען רק להשמיענו דבשפחה אפילו בעדים אם כנס לא יוציא מה שאין כן בא"א דבעדים אפילו יש לה כמה בנים תצא וכן משמע בנמוקי יוסף במתני' דנטען ובא שוין הם בשפחה דלכתחילה לא יכנוס ואם כנס לא יוציא:

ובעיקר קושית הרמב"ן מן התוספתא לרש"י יתכן כי ז"ל התוס' הבא על השפחה ועל הנכרית אפילו חזרה שפחה ונשתחררה נכרית ונתגיירה הרי זה לא יכנוס וצריך ביאור מאי אע"פ דקתני וכי ס"ד לומר דבלא נתגיירה או נשתחררה מיירי דלא יכנוס ואם כנס לא יוציא עד שיוצרך לומר דבנתגיירה ונשתחררה קאמרינן ונראה ליישב על פי מה שכתב הריטב"א ביבמות שם לפרש קו' הגמ' הא גיורת מיהא הוי וכתב הריטב"א דדייק מדלא קתני ואח"כ נתגיירה וקתני ונתגיירה משמע לאלתר שרגלים לדבר ואם איתא דאינם גרים היה לנו לחוש דלמא משום אישה נתגיירה ותאסר לכ"ע וגם אם כנס יוציא יעיין שם. נראה מבואר למ"ד גירות שלא לשם גירות אם נתגיירה לאלתר אסורה לכ"ע אבל אם נתגיירה לאחר זמן אפילו לר"נ דאמר לאו גרים הן אפילו הכי אין לחוש והיינו דקתני בתוספתא אף על פי שחזרה הנכרית ונתגיירה ולא קתני סתם ונתגיירה משמע דמיירי שנתגיירה לאחר זמן ואפ"ה דווקא איהו לא יכנוס ולאחרים מותרת אף לר"נ דאמר לאו גרים והרי סתם תוספ' ר' נחמיה כדאיתא בסנהדרין דף פ"ו ע"א:

מעתה יתכן לדעת רש"י אחד משני אלו או דדעתו ז"ל דבבא באמת לא שייך לומר דלכתחילה לא יכנוס כיון דבאמת בא עלי' ול"ש הרחק ממך עקשות כו' ותוספתא דאוסר הוא כר' נחמיה דאמר לאו גרים הן ואיכא אפילו לאחר זמן עכ"פ משום לעז לדידיה דאלמוני אלים לקלא אם ישאנה או יתכן להיפך דלאלתר אם נתגיירה כמתנית' אפילו בדיעבד יוציא ותוספתא דאמרה אם כנס לא יוציא מיירי לאחר זמן כדלעיל:

ומה שתמה מעלתו כי' לפמ"ש הרמב"ם בפי' י"ב מהלכות א"ב דישראל הבא על נכרית נהרגת אמאי אם כנס לא יוציא בבעל ורצה מעלתו לומר דבאמת מה"ט דחה הרמב"ם התוספתא להלכה גם עוד אם לאחר שנתגיירה לא מיקטלא. ועיין תשו' ח"י סימן ע"ט מ"ש בענין זה ואולם גם אם נאמר דאין גירות פוטרת אותה ממיתה (ומצות מדין אין ראיה דלכתחילה וודאי אין מקבלין אותו אם ירצה להתגייר מפני אימת מות) אפ"ה לק"מ כי ברור לפענ"ד דע"כ לא קאמר הרמב"ם דנהרגת היינו דווקא בבעל בפרהסיא לפני י' מישראל דבכה"ג קנאין פוגעין בו ואם לא פגעו בו קנאין על כל פנים איכא כרת מדברי קבלה ולכך מיקטלא דאיכא תקלה וקלון ועיין בסנהדרין דף כ"ה אבל שלא בפני י' דאיסורא מדרבנן איכא אין סברא כלל שיאמר הרמב"ם דמיקטלא אידיה וז"פ לפענ"ד ואע"ג דמ"ש הרמב"ם לפני זה אל יהיה ענין זה בעיניך כו' מיירי וודאי אפי' בצנעה כמובן מכל מקום דין זה דנהרגת וודאי לא מיירי אלא בפרהסיא תדע שהרי בגוי הבא על הפנויה כתב שם דאינו נהרג והרי איכא וודאי איסורא דרבנן עכ"פ אע"כ דלא שייך תקלה וקלון כי אם היכא דאיכא חיובא על הישראל על ידיו והרמב"ם בהלכות גירושין לישנא דמתני' נקט בשפחה ונכרית להשמיענו דאפילו בנטען לכתחילה לא יכנוס ובנכרי בא על בת ישראל שלא שנינו במשנה נקט לשון התוספתא וכן דרכו בקודש:

ועל הקושיא של הרמב"ן על רש"י ומדסיפא בעדים רישא נמי בעדים האריך מעכ"ת כי' ובאמת י"ל דוודאי סיליהם בסיפא מיירי בעדים אבל הנטען דקתני לעד משמע בלבד וע"ד שכתב מעלתו כי' וזה נראה ג"כ דעת כ"י שכתב ול"ד ברינון אלא אפילו בעדים לא תצא הרי שס"ל ואפ"ה מפרש דמתני' מיירי ברינון בלבד אלא דל"ד הוא ולמ"ש הים"ש לפרש עדים דרב ועדי טומאה דקתני בברייתא היינו שיש עדים שראו אותה שנטמאת ואינם מכירים הנואף ואפ"ה מוציאין ממנו אפילו יש לו בנים משום דנטענת ממנו וממילא דרישא וסיפא גם לרש"י מיירי לשון נטען:

והנה לדעת הים"ש פשוט דל"ק קושית הריטב"א ונימוקי יוסף מאי קמ"ל ביש עדי טומאה דתצא והכ"י תירץ דהעדים אינם מעידין רק שנבעלה ואינם יודעים אם באונס או ברצון וקמ"ל דאפ"ה תצא והעתיקו הב"ש לענין דאסורה על הבעל ותמה הבית מאיר דהרי בסימן ס"ח הביא הרמ"א דעת הסוברים דבטוען פ"פ נאמנת לומר נאנסתי והבית מאיר מחלק בין בעל לבועל ויפה כתב מעלתו כי' שהיא סברה דחוקה לחלק בכך. והנה הריטב"א גם הוא תירץ כן ביבמות ובכתובות דף ע' הביא הש"מ דדעתו כהמתרץ דנאמנת לומר נאנסתי ורציתי לומר דכאן איירי בראוה עדים נבעלת בעיר דאז היה בחזקת ברצון וכמ"ש הרמב"ם הלכות נערה בתולה פ"א הלכה ב' וכ"כ הסמ"ג והרמב"ן מה שא"כ בטוענת פ"פ נאמנת לומר נאנסתי במקום שאין מושיע:

ואולם בש"מ כתובות הביא לשון הריטב"א שכתב וז"ל אבל במדברת ואומרת נאנסתי או מוכת עץ אני

נאמנת

כאמנת דכיון דאיהי טוענת ברי ומסייע לה חזקה דגופא עדיף מש' שלו ול"ע מ"ש בכאנסתי חזקה דגופא דבשלמא במתניתין דחולקין מתי נבעלה שייך לומר דכאמנת משארסתני משום חזקה דגופא אבל בקיבל אביה קידושין פחות מבת ג' שנים והחילוק רק בין אונס לרצון אין כאן חזקת הגוף וקצור הייתי לומר דל"ד חזקת הגוף אלא חזקת כשרות עמ"ש הר"ן שם במתני' דמוכת עץ אבל מהר"ש אלשקר בתשובה סימן ל"ד כשאל על אשת איש שהרה לזנונים ואמרה כאנסתי מפלוני והוא מכחישה כתב שם מהר"ש דאפילו להמתירין הייכו משום חזקה דגופא בהדי בריא שלה אבל בזה אין כאן חזקה בתולה כבעלת ולא חזקה דכשרות דאיכא כנגדה רובא דרצון דאונס לא שכיח · ודבריו כפלאו דמה הפרש יש בין פ"פ כיון דכאמן עכ"פ על עצמו דלאו בתולה ואין היתר רק משום דטענה כאנסתי ואמאי יש לה חזקה דגופא או דכשרות שם יותר מאשר היה הרה לזנונים ודוחק לומר דעל כ"פ לדידן הוי בחזקת בתולה . ויותר נראה לומר דגם להריטב"א טענת אונס טענה גרועה ולא שכיח אבל מוכת עץ שכיח אלא דלא חשיב לצרף לס"ס בשותקת משום דאם היתה מוכת עץ היתה טוענת ולכך באומרת כאנסתי כאמנת דאע"ג דלא שכיח כיון דיש לה מיגו דאי בעי אמרה מוכת עץ אני דכאמנת מפני חזקה דגופא אבל בראוה שנבעלה וכן בהרה לזנונים כעובדא דמהר"ש אלשקר דליכא מיגו אינה כאמנת . ובזה יש סתירת הירושלמי לתלמודן וסתירת הירושלמי עלמו ואין להאריך . גם מיושב ממילא מה שמקשים דברי הרמ"א בסימן קע"ח ודבריו בסימן ס"ח כמובן · והנה כתבתי את זה לשעשע בדבריו הנעימים · ואולם לדינא דשאילנא קדמי נראה דהיא בכלל משכתינו דהכנטען דאין כאן בגוף הדין מחלוקת וכמ"ש לעיל והשי"ת יזכנו להעמיד הדת על תלה ולתת כבוד ויקר בעיניו וללמוד פושעים דרכיו ולהשיב חטאים אליו :

דברי ידידו דש"ת הקטן מאיר א"ש :

סימן קח

בעזה"י אור ליום ו' ערב ש"ק ד' טבת שנת הו"ר לפ"ק אונגוואר יע"א :

ישאו הרים שלום · חיים וברכה עד עולם. לכבוד ידיד עליון וי"כ הרב המופלא ומופלג בתורה וביראה חרוץ ושנון . וריח לו כלבנון . כקש"ת מוהר"ר פייבל אב"ד דק"ק העוועש יע"א :

מכתבו הגיעני והנה אנכי כמה פעמים בעו"הר מכאוני נגדי בע"י לזאת הדבר אשר אין בו לורך א"א לי להשיב ואף בדברים המוכרחים לא אוכל להשיב בזמנו ובנידון זה אשר כתב מעכ"ת כי' לדעתי גם מעכ"ת כי' ברור ופשוט אללו שאין לומר להבעל שיכנוס הרשעה לביתו אשר נראה לכל משכיל כי מעלה מעל בה' ית"ש וגם בבעלה. והנה הרא"ש בתשובה סימן ק"ה (הוזכרה בח"מ ובב"ש סימן י"א) היה רואה הבעל רק חיבוק וכישוק אבל טומאה לא היה אז בבירור רק שהבעל גירשה מפני כך והורה הגאון דאין לומר להבעל שישוב לקחתה ומבואר שם להמעיין דגם אם לא גירשה עדיין אפ"ה אם רולה לגרשה אין לומר לו שיחזיקנה כ"ש בזאת הפרולה אשר אמר לה בעלה כי לא תבוא ולא לחדר השלישי של הפריץ בעה"ב ואח"כ ראה או שמע בבירור קול הנישוק וגם לפ"ד מקול הנשימה הבין כי נטמאה וטומאתה בשוליה ואח"כ דפק בחזקה על הדלת ילאה ופניהם אדומים והלעיף מאחוריה נראה כי שכבה על הלעיף היש ספק בזה שאין לומר לבעל שלא יגרש הרשעה מביתו להיפוך אין ספק שיש לדבר על לבו שלא ישמע לקול מלחשים המון העם אשר יאמרו אליו כי ישוב לכנוס עוד להיות עמה אולי תכשר מעשיה אם ראה בחומת דברים כאלה אפילו קלים מהם אין להשתדל בזה כלל ולפי מה שמבואר בתשובת מהר"י הלוי אחיו של הטו"ז בסימן ל"ט מלוה מן התורה לגרשה וחיוב מרבנן אף אם לא כופין אותו יע"ש שהאריך מאד להביא ראיה לזה :

ומעכ"ת כי' נסתפק לפי מה דאיתא בפרק קמא דסוטה והובא בפוסקים הרמב"ם וטוש"ע דלא לימא איכש בינו לבין עלמו לאשתו אל תסתתר עם איש פלוני דלמא קי"ל כריב"י ונסתפק מעכ"ת כי' אם מה שאמר לה אל תכנסי לחדרו של בעה"ב הוי כמו אל תסתתר או חשוב רק כמו אל תדברי דלא הוי קינוי ומדברי ב"ש סימן קע"ח סעיף קטן ו"ו נראה דהוי קינוי שהרי הוא ז"ל הקשה על מה שכתב הרמב"ם והעתיקו הב"י בש"ע שם סעיף ו"ו וכן אם נסתרה בפני עדים ושהתה כ"ע ולא קינא לה בפני עדים מותרת והקשה הב"ש דהא כשמע זה מגבא קונייתא כשאמר לה אל תדברי ונסתרה אפ"ה מותרת אלא די"ל דשם גילה דעתו דאין לו קפידה בסתירה הרי למדנו מדברי ב"ש דטעם דאל תדברי לא הוי קינוי משום דאיכא גילוי דעת דאין לו קפידא בסתירה ואף אם נאמר כי אין כאן גילוי דעת באומרו אל תדברי שאינו מקפיד על הסתירה ולא כדברי ב"ש על כל פנים אין כאן גילוי דעת כי הוא מקפיד על הסתירה דאולי הוא מזהיר שלא תדבר עמו לבלתי יטה לבה בחלקלקות דבריו (וכמ"ש מעלתו בפרולה ההיא שאמרה לאישה כי נטמו לה דברי הבעה"ב שהוא חכם והבעל פתי) אבל זה שאמר לה אל תכנוסי לחדרו של בעה"ב וכבר יודעה שאינו מזהיר על כך למען לא תתפס כגנב רק מפני שהוא חושד אותה לא תוכל כלל לאמר שסבורה שאינה מקפיד על הסתירה וכ"ש שאין כאן גילוי דעת כדברי הב"ש . וזה נראה ברור דהוי קינוי גמור באופן אם יש עדים שאמר לה אל תבא בחדר של בעה"ב השלישי היה נראה לפענ"ד שיש לדון כקינוי גמור ובנידון זה באמר לה כן בינו לבינה לכאורה אין בית דין כופין להוליא דהרי אפילו באומר שראה בזינתה אין כופין אותה להוליא דאין כופין רק עפ"י שני עדי טומאה ודעת הרי"ף והרמב"ם או קינוי וסתירה אבל לא זולת כן משמע מדברי הרמב"ם דאפילו אומר שהוא עלמו ראה אין כופין להוליא יעויין בפרק כ"ד מהלכות אישות סוף הלכה י"ח והרא"ש בתשובה סימן כ"ה תמה על זה דהא באומר פתח פתוח מלאתי כאמן לאוסרה עליו משמע דאם רולה לקיים לא שבקינן ליה דהא"כ מאי כאמן דקאמר הול"ל האומר פתח פתוח מלאתי אוסרה עליו ועוד דמדמי ליה תלמודא לאומר להבא קדשתיך וכו' ועוד בהדיא אמר תלמודא התם פתח פתוח כשני עדים דמי יע"ש בתשובת המזרחי סימן הכ"ל ובתשובה הגאון הר"י אחיו של הטו"ז בסימן ל"ט יע"ש אם כמלאו אתו והיה נראה לפענ"ד לייסב קושית הרא"ש על פי מה שכתבו התוס' בגיטין דף ע' עמוד ב' בשם הירושלמי דפלוגתא דב"ש וב"ה בגט ישן דב"ש לשיטתיהו דס"ל לא יגרש אדם את אשתו אא"כ מלא בה ערות דבר וכיון דמזוהמת בעיניו לא חיישינן שמא בא עליה וב"ה לשיטתיהו דאמרו אפילו הקדיחה תבשילו ולכך איכה מזוהמת בפניו יע"ש שלריך ביאור · קלת אבל עכ"פ למדנו שיש סברא לומר דאם זנתה זוהמא בעיניו ומן הקתם איכו בא עליה ולפי"ז כיון דקי"ל אין דבר שבערוה פחות משנים ואין הבעל כלפי האשה כאמן כלל לומר שזינתה כגון לאוסרה לכהן אם מת או לבל תאכל בתרומה כדין זוכה וע"כ אכו אומרים דמשקר רק כיון דאמר שזינתה ושויה אנפשיה חתיכה דאיסורא היה ב"ד לכופו אע"ג דאיכו כאמן לדידן מ"מ על עלמו כאמן ויש לב"ד למחות בו כיון שאיכו כותן אמתלא לדבריו בזה יתכן לומר כיון דמן הסתם היא מזוהמת בפניו והוא מחזיקה אין לנו לכופו דאמרינן בוודאי יודע בכפשו ששקר ענה באשתו אבל באומר פתח פתוח אפילו באשת כהן וכתקדשה פחותה מבת ג' שנים לעולם ספק אחד יש כאן אולי באונס והרי גם אחרי קינוי וסתירה אפ"ה אין מתייחד עמה אלא בעדים ורבנן דר"י ור"י מקרא יליף יע"ש בסוטה דף ע"א ולא אמרינן דמזוהמת בעיניו והרי חזינן דתקנו חכמים וקבעו רביעי בשבת משום אקרוריה דעתיה ולכך ליכא למימר דוודאי ידע בכפשו ששקר ענה באשתו דאל"כ היתה זוהמה לפניו כאמור ולכך מפקינן מיניה כן היה מקום לתרץ דברי הרמב"ם אבל לדברי הגאון אחיו של הטו"ז לעולם אין כופין רק שחובה לגרשה ואסור לו לבא עליה על פי דבורו יע"ש מה שישב הלשון כאמן לאוסרה עליו ושאר הדקדוקים שהקשה בתשובת המזרחי דלדבריו

דאף בפתח פתוח אין כופין ועכ"פ בנידון זה גם לדברי מהר"י ז"ל אף דאין כופין מכל מקום אמרינן ליה דחובה עליו לגרשה :

ולענין מה שנחלקו הפוסקים בזמן הזה שיש חדרג"מה"ג שלא לגרש בע"כ אם הוא נאמן דלדעת הר"ש שהביא המרדכי בפ"ג בקידושין וכן להגהות מיימוני פ' כ"ד אינו נאמן וכפי מה שכתבו התוס' בנדרים משמע שמהימן אלא שמנדין אותו והיה נראה לומר שאין כאן מחלוקת רק דהר"ש איירי בהוא אומר שראה שזינתה אשתו דאז לא מהימן דאם לא כן בטלה תקנות רגמ"הג וחרמו אשר פירש למגרש בע"כ דכל אחד אשר בלבבו בליעל יאמר כן על אשתו וכמו שכתב מהרי"ק בשורש ק"י ומה יחוש הוא לנדויו אבל התוס' איירי באומרת טמאה אני לך דלא שייך זה דבטלה תקנת רג"מהג ולכך יכול לגרש אלא דאמרו חז"ל דאינה נאמנות לא היה לו לומר דמאמין ולבטל תקנות רג"מהג אלא שרבותינו האחרונים ס"ל דנחלקו . והנה יש לעיין למאן דס"ל דנאמן במאנס בתולה דכתב לו תהיה לאשה וגו' לא יוכל לשלחה אם יאמר הבעל שראה שזינתה מה דינו אם נאמן או לא. ולכאורה אף בזה י"ל דאם יהיה נאמן א"כ כל אחד יאמר כן ובטל הלאו דלא יוכל לשלחה אלא דאין זה הכרח כ"כ דדיו שהזהירה תורה עליו וקמי שמיא גליא רק דשם במכות דף ע"ו לא מצינו באונס שגירש שיבטל עשה דכל ימיו בעמוד והחזיר. ואם איתא דנאמן מטעם דשויה נפשיה חתיכה דאיסורא אם כן לדעת הרשב"א וכן פסק הב"י ביו"ד בסוף סימן א' דאפילו יש עדים שמכחישים אותו מ"מ על נפשו אסור משום דאדם נאמן על עצמו וא"כ הא משכחת לה שאמר שזינתה ביום פלוני ועדים מעידים בו ומכחישין אותו שיודעים שאשה היתה עמם וטהורה היא דלגביה אסורה ומ"מ ארבעים בכתפיה על שגרש בדברי שקר לאוסרה עליו ובאמת אם היה הטעם דהא דקי"ל שויה אנפשיה חתיכא דאיסורא מטעם נדר כמו שצידדו מקצת האחרונים אין כאן ראיה אבל אין נראה כן וגם הנו"בי דחה זה בשתי ידים . ואולם יש לומר דכשיש עדים מכחישים בכה"ג דמצוה מן התורה להחזירה בודאי חייב להחזירה כיון שיש עדים ובזה אף הרשב"א מודה כי בלא"ה יש חולקים על הרשב"א אפילו בכה"ג דהרשב"א מכ"ש בזה דיש מצוה להחזירה גם הרשב"א מודה דאינה נאמנת גם אינו ראיה מדלא תקנו חז"ל כתובה באונס משום דבלא"ה אינה קלה בעיניו דלא מצי מפיק לה ואף לר"י בר"י דס"ל דיש לה כתובה ומבואר שם בכתובות דף ל"ט ע"ב הטעם משום דמצער לה עד דאמרה היא לא בעינא לך רק דתיפוק ליה דמצי אמר ידעתי שנטמאה אע"כ דלא מהימן ואינו יכול להוציא כי גם זה יש לדחות דמן הסתם אינה קלה בעיניו להוציאה כיון דהזהירה תורה לו תהיה לאשה וגו' ולכך לרבנן אין לה כתובה ור' יוסי בר"י סובר דאפילו הכי מצער לה עד דאמרה לה בעינא ליה ומורה היתר לנפשו שאינו עובר על מימרא דרחמנא :

ואולם נראה לפע"ד ראיה נכונה דאין רגלים לדבר אינו מהימן וביש רגלים לדבר קצת מהימן מהא דכתבו התוס' בסוטה דף ג' ע"א ד"ה רי"א בשם ירושלמי דר"א ור"י דפליגי אם וקנא את אשתו חובה או רשות דבהא פליגי דר"א סובר כב"ש לא יגרש אדם את אשתו אא"כ מצא דבר ערוה ראה בה דברים כעורים לגרשה אינו יכול שלא מצא בה ערוה לקיימה אינו יכול שמצא בה דברים כעורים לכך הוא אומר חובה ופריך והרי גם לב"ש יכול לגרש משום דברים כעורים ומשני ר' מנא דהיינו בעדים אבל כאן איירי שלא בעדים ומשמע דשלא בעדים אינו נאמן לומר דראה בה דברים כעורים ורוצה לגרשה ואפ"ה אם לר"א דמתני' א"צ שני עדים רק על הקינוי ולר"י בר"י א"צ ב' עדים רק על הסתירה' אבל למתני' על הסתירה' ולר' יוסי בר"י על הקינוי. וקשה מ"מ דעל ראיית דבר מכוער אינו נאמן לגרשה ועל אמירתו שקינא לה או שנסתרה למה משקי לה אע"כ כל דאיכא קצת רגלים לדבר כגון שקינא לה למתני' דקרי לה עיקר בגמ' או דליכא עידי סתירה לר"י בר"י מהימן אז להשקותה או לגרש בע"כ. ויש עוד לפלפל גם בזה וליישב קושית התוס' בסוטה שם על הירושלמי אמאי אמר ר"ע חובה יע"ש דלפע"ד עיקר טעמא דאמר בירושלמי לר"א חובה ולר"י בר"י אליבא דר"א דלא מייתר ליה וקנא דהא איצטריך לאקושי לטומאה כדאיתא שם ולכך הוצרך לומר ר"א סובר כב"ש אבל לר"ע אין קושיא דאיהו ס"ל חובה מיתורא דוקינא כדאיתא שם בתלמודן כתבתי עד כה כי ראיתי שהוא חפץ להשיבו גם על הפרטים אבל לענין הנידון הזה כי מצוה גדולה וחובה על הבעל לשלח הרשעה מביתו אשר מעלה מעל בה' ית"ש ובבעלה עוברת על דת משה ויהודית ראשה פרוע ומחללת ש"ק ומתייחדת עם ערלים ועם ישראלים ומה לה לעשות עוד להיות מר ממות וכל המדבר עמו לקיימה עובר על יעלנו רע רק מקיים גרש לץ וגו' ה' בחסדו יאיר עינינו בתורתו ויחזקנו ויאמצנו לעבוד אותו באמת ובתמים כל הימים :

דברי ידידו הקטן מאיר א"ש :

סימן קט

מכתב אשר כתב הגאון המחבר לאחיו הרב המאה"ג מהו' דוד צבי ז"ל בימי בחרותו אשר למד אצל הגאון מ' בונם איגר זצ"ל בק"ק מט"ד

הגיעני מכתבך ושמחתי בשלומך ובריאותיך גם אנו בחסד ה' השלום והבריאות כן יוסף ה' חסדו עלינו כל הימים. והנה שמחתי בראותי אותך מתקרב אל רבך הגאון נ"י יהי כן ה' עמך ויתן בלבבך להתאבק בעפר חכמים וירחיקך מסוד משחקים כל ימי חייך. הד"ת אשר באו במכתבך בשם רבך נ"י ראיתי ואמרתי להודיעך אשר לפענ"ד יש לדון בם תעיין בם ותציעם לפני כבוד הרב נ"י ואת אשר ישים בפיך תודיעני מה שכתב על דברי הנ"ל בפרק ג' מהלכות סוטה הלכה כ"ג שדבריו דחוקים אמת ויציב דמוכדי קרא דמעט לפי המסקנא באו עדים היינו משום דכתיב והיא טהורה. וכיון דלדעת התוספות עד אחד נאמן ואף לאחר שתיה ממילא א"א לקרותה טהורה כמו בשני עדים. אמנם מ"מ עוד להקשות ע"פ דברי תשובות הרשב"א סימן תקכ"ב שאלת בענין שאמר שמעו מפי עוף הפורח שנטמאה לא תשתה אם הודה אם לא נאמינהו משום דאין אדם מע"ר או אם נאמר פלגינן דבורא תשובה מסתברא דאמרינן פלגינן דבורא ואין אנו דנין אותו כאלו העיד שהוא עצמו בא עליה אלא כאלו העיד שזינתה וכו' יעויין שם . ולפי דברי הרשב"א אם יש עד אחד שנטמאת למה שותה הרי אם יודה הבועל יש כאן ב' עדים ויש לעיין דלכאורה נראה דעכ"פ זה הבועל שיש עליו עדים שנתייחד עם אשת איש פסול לעדות אשה וכ"כ המרדכי בכתובות סוף פרק האשה ע"ש אפילו למ"ד בפז"ב דהחשוד לעריות כשר היינו לעיולי אבל לא לאפוקי. ולפ"ז יקשה עוד על הרשב"א בתשובה מלבד מה שתמהו עליו דהרי הכא לאפוקי הוא. ואפשר דהרשב"א סובר דהחשוד על העריות היינו שבא על הערוה ממש וכפירש"י עיין הרא"ש שם . אבל לדעת התוס' שם בפז"ב וסוף פרק כילד וסיעת גדולי ראשונים שם דביחוד פסול ממילא א"צ דהמים לא יבדקו משום הבועל כיון דלדעת הנ"ל בעינן שני עדים ממילא בעינן כשרים . עוד נראה לפענ"ד ל"מ לשיטת הרשב"א דס"ל דבזנית עם אשתך לא פלגינן דיבורא בלא"ה א"צ דהמים לא יבדקו מצד עדות הבועל דמה"ת נאמר דהבועל יאמר בב"ד אשתך זנתה עמי ונפלוג דיבורא כנגד האמת מן הסתם יאמר אני זניתי כפי האמת. אך גם אם אמרינן דלא כהרשב"א מ"מ נראה דא"א לומר דמצד הבועל לא יבדקו המים דהרי כשם שהמים בודקין אותה כך בודקין את הבועל ומיתתו גם שניהם והא דזכות תולה לאו אסקי התוס' בקושיתם ואולם מ"מ על קושית הנ"ל דכיון שכפר שוב אין ראוי להגדה היא אמת ונכון ותיתי לי דמאז ראיתי קושית הנ"ל עלה ברעיוני סברא זו דהיינו דהעיקר תלוי אם יש עדים בשעה שהמים עומדים לבדוק אם יש אז עדים לר"ש בשעת השקאה ולרבנן בשעת הקרבת המנחה (עיין תוס' ר"פ היה נוטל ד"ה ואחר) ובזה יש ליישב קצת הקושיא עלי סברא זו מן הד

הטריפות המנחה ודו"ק. ואולם לכאורה תליא בטעם שאין העדים יכולים להעיד לאחר שכפרו דהר"ן כתב מתחלה משום דאינו חוזר ומגיד ושוב כתב משום דלא מצי משוי נפשיה רשיעי (עיין בר"ן במתני' ב' ד"פ שבועות העדות) והנה לטעם הראשון נראה דאף בעד הטומאה אינו חוזר ומגיד אף דלא בעי כאן תורת עדות ומשמע קצת ברשב"ם בב"ב דף קכ"ז עמוד ב' דאף במידי דלא בעי תורת עדות אמרינן דאינו חוזר ומגיד אף שיש לחלק כמובן. ואולם לטעם השני משום דלא מצי משוי נפשי' רשיעי יש לעיין דהרי הוא עצמו כתב בפרק כל הנשבעין על משנת ושכנגדו חשוד על השבועה דאף דאין אדם משים עצמו רשע מ"מ הייני לפוסלו לעדות אחר אבל נאמן הוא על עצמו. ולדבריו הא דאמרינן התם ברבעני לרצוני דאין אדם משים עצמו רשע היינו שאין יכול לפסול עצמו לעדות אחר וא"כ כאן לענין שבועות העדות הא דאין יכולין לחזור ולהעד משום דהם אומרי' שיודעים הם רשעים ורשע פסול לעדות אבל בעד טומאה שפסולי לעדות כשרים לה רק דגזלן דאורייתא' פסול דלמא משקר מה שאין כן בזה שכל רשעתו משום שידע ולא אמר ובשאר עדות גזה"כ הוא אבל כאן היה יכול להעיד עדיין אלא דע"כ זה אינו דא"כ משכחת לה בשבועות העדות כפירה על כפירה והתורה אמרה לאחת משום אחת אתה מחייבו וא"א מחייבו שתים ודברי הר"ן תמוהים וצ"ע לכאורה ובפרט לר' יוסף דס"ל אדם משים עצמו רשע והא בא דר' יהודא בהרגתיו וכו' כ"ע מודה דס"ל אדם משים עצמו רשע ואם כן בעד הטומאה היה ראוי להיות חייב שתים ובפרט לפמ"ש התוס' בשבת דף ס"ט ע"ב ד"ה הא מני בסופו בשם הרשב"א משכחת לר' יוסף בכל שבועת העדות חייב שתים דכה"ג לא מיפסל לעדות דוק שם ותמלא ותקשו לדידהו הא כתב לאחת ובענין הקושיא שנתעוררו הגדולים על תשובת הרשב"א (עיין בח"ל סימן ק"כ) באמת אם הרשב"א היכא דאיכא עוד עד אחר אמר יהיה תשובתו שלא כענין שאלת ואולי יש ליישב עד"ז דהנה באמת לא מצאתי מבואר שיהיו צריכין להעיד דווקא על זה שקינא לה ממנו ונסתרה עמו. ואולם הרמב"ם והמחבר ש"ע אחריו כתבו כן (עיין ב"ש) וכתב הב"י שכן הסברא נותנת כי מ"ש הב"י ממשמעות הפוסקים כבר השיג עליו המ"ל וכחזי אכן. הנה הא דאין עד אחד נאמן להעיד שנטמאת כ"א לאחר קינוי וסתירה היינו משום דאין דבר שבערוה פחות משנים ומטעם זה אף לאחר קינוי וסתירה לולי דגלי לנו קרא לא הייתי מאמינים אותו וק"ל לפמ"ש המהרי"ק בתשובה שורש ע"ב דפוס לבוב דף ל' סוף ע"א דהא דאין דבר שבערוה פ"מ היינו היכא דבא להוציא מחזקתו אבל היכא שלא בא להוציא מחזקת' ע"א נאמן בדבר שבערוה וזה שלא כדברי הר"ן בפרק התקבל בסוגיא דשליש בסופו. וק"ל קרא ל"ל דע"א נאמן לאחר קינוי וסתירה הרי כתבו התוס' ריש נדה ד"ה והלל דאחר קינוי וסתירה אין לה חזקה וא"כ פשיטא דנאמן וצריך לומר אליבא דמהרי"ק דקרא איצטריך להיכא דמכחיש ליה הבעל וכמ"ש התוס' בסוטה דף ג' ע"ב ד"ה ת"ל אליבא דאביי ל"ל למהרי"ק כן אליבא דרבא ג"כ או היכא דבא ע"א אחריו להכחישו דאם לא גלי קרא רק מסברא יהיה נאמן לא חשיב כשנים כמ"ש הש"ך בי"ד סימן קכ"ו ס"ק י"ד בסופו אליבא דהריטב"א יעויין שם. אבל היכא דאין הבעל ולא אחר מכחישו ל"ל קרא דנאמן כיון דאין לאשה זו חזקה מ"מ לאיש ההוא שמעידין עליו שנבעלת לו חזקת כשרות וחזקה אלימתא היא כמ"ש הר"ן ריש כתובות דמש"ה היא נאמנות לומר מוכת עץ אלא דלכאורה תליא בפלוגתא דהרמב"ן והר"ן בהך דאסור בכל הנשים שבעולם דלהרמב"ן אין חזקת האיש מועיל לאשה לכאורה אבל כל זה אם פירש העד דלזה האיש נבעלה ולזה כיון דלא קינא לה עליו ואין שם עדי סתירה לאו כל כמיניה להוציאו מחזקתו אבל אם בסתם אומר העד שנבעלה לאחר וגם אין שום אדם מכחישו בכה"ג לאחר קינוי וסתירה נאמן דכפישי פריצי כדאיתא בכתובות דף ל"ו ע"ב וא"כ הרמב"ם והב"י שכתבו בא עד אחד והעיד שנטמאה' מאותו שקינא לה היינו משום אחד משני אלו א' דבכה"ג אין הבעל ולא אחד יכול להכחישו. או שבאו לשלול דאם העיד האחד שנטמאה מפלוני אחר שלא נסתרה עמו דכה"ג אינו נאמן

אבל בנידון הרשב"א דפליגינן דיבורא ואמרינן דזינתה מאחר דלא ידעינן ליה כיון דכפישי פריצי ואיכא נכרים ולה אין חזקת כשרות בכה"ג אפשר דלכ"ע נאמן העד וק"ל ובזה אתענג על רוב שלום: הקטן מאיר א"ש:

סימן קי

בעזה"י

משא ומתן של הלכה אשר היה לבן המחבר הרב מוהר"מ נ' עם גיסו הרב המאור הגדול חריף ובקי זך ונקי כקש"ת מוה' צבי ווייס נ' האב"ד דק"ק זבארוב:

וכעת הוא אבד"קק מאדיאר לאפוש במדינת זיבענבורגען:

אודות אשת משה בן יצחק מבאטשאווע בגליל אונגוואר אשר היה עלול בחולי הנופל ל"ע. ומחמת החולי הנ"ל קודם שבא עליו החולי וגם אחר זה יצא מדעתו אמנם כאשר סר החולי היה חלים. והנה אחרי חג הפסח לקח לו מכתב תעודה (שטאטור פאס) שהלך לשוט בארץ ולא שב לביתו עוד. והנה בתחילת חדש אייר באו נכרים לבית ישראל בכפר הוסאק לאמר כי יהודי אחד מוטל מת ביער מקום אשר אין עוברים ושבים. והנה בעה"ב לא היה בביתו והלכו שני נערים בני י"א לראות אם נכון הדברים והנה ראו גוף מוטל בארץ אמנם לא קרבו אליו. ואז היה עוד לבוש במנעליו ולא ראו איזה דבר מונח שם והודיעו את זאת לאנשי ישוב קרומלא ובאו לשם אנשים. וגם הנערים הנ"ל ואז לא היה עוד מנעלים ברגליו. וכמו רחוק איזה אמות מאתו (הפאס) וגם התפילין הקליפה בלי רצועות. והכובע שלו מונח רחוק מראשותיו כנגד ראשו מכוון כי לפי הנראה לאשר כי היה נתלה מונח במקום מדרון ראשו נמוך ממרגלותיו ונתגלגל הכובע עד לשרשי האילן ושם נמצא הכובע. והנה קראו הפס ונמצא כתוב על שם מאשקא אילקאוויטש מבאטשאווע אשר איזה ימים נלקח מן האמט דפ"ק אונגוואר והחתימות אשר ניכר וידוע וגם האמט זיגל מפה. והנה בתוך הבאים היה איש אחד אשר איזה ימים כמו שני שבועות מקודם נפל הככפה הזה פה אונגוואר והוא עם עוד אחד שלקוהו ללידי הדרך והכיר בטב"ע את הבגד העליון וגם ההאלז טיכל והוועסטא אשר היה לבוש בהם בעת אשר נפל עמו פה העיר. והנה האיש הזה אומר כי לפי דעתו המת הלזה הוא הככפה מן באטשאווע אשר הכירו מקודם. והנה הפרצוף פנים לא היה ניכר כלל וגם לא היו סימנים בגופו וגם לא היה יוכל לפשוט מלבושיו זולתי הכובע אשר הכירו אנשי באטשאווע כל הנ"ל נגבה בתו"ע כד"ת:

והנה אליע ספיקותי הנה אחרי כי אין כאן היתר רק אם נאמר דלא חיישינן לשאלה. והנה האיש הלזה אשר היה הרבה עתים שלא מדעת ולשוטה יחשב. והנה כתבו האחרונים בתשובותיהם כי בשוטה אף אם נאמר דלא חיישינן לשאלה מ"מ יש חשש אבידה מדעת כי זה אחד מסימני שוטה המאבד מה שנותנים לו. ואם כי הנו"בי קמא בתשובה מ"ג העלה דחזקה כל מה שביד אדם הוא שלו שייך גם בשוטה והנה הגאון מליסא בספרו קהלת יעקב והגאון מפ"ב בספרו חת"ס העלו דגבי הנמצא מת לא שייך הך חזקה וגם לדעת הנו"בי מ"מ אוקי חזקת א"א לגבי הך חזקה דכל מה שביד אדם הוא שלו. והנה עלה בדעתי לומר בנ"ד באיש הלזה אשר העידו עליו יודעיו כי בעת שטותו לא עשה שום דבר שיהיה מקרע כסותו או ישליך כליו ונעליו. רק כי דבריו אשר דבר היו שלא מדעת וכן היה עד אשר שב לדעתו והנה באיש כזה אפשר שאין לחוש כי הגיע למדה כזו שיהיה משליך את כליו. ורק כי זה האיש הוא שמלאכו אותו מת כי אין חשש כאן שאיבד את עצמו

לדעת

לדעת באופן שכאמר כי אם על חייו לא חש על בגדיו לא כ"ש כאשר כתב הכו"ב בנידון שלו כי כאן אמרינן מחמת כי חולה הנכפה בא עליו ונפל שדוד במקום שאין מצילין. וזאת היתה סיבת מיתתו. ואין לנו לחוש כי אבד את כליו ואוקמי אחזקה כי לא הגיע לשטות גדול כזה שיהיה מאבד את כליו :

והנה איתא בחגיגה דף ג' ע"ב ת"ר איזהו שוטה היוצא יחידי בלילה והלן בבה"ק והמקרע את כסותו ואפלוגי ר"י ור"ה ר"ה סובר עד שיהיה כולן בבת אחת ור"י סובר אפילו באחת מהן וקאמר הגמ' טעמא דר"ה משום שיש לתלות במילי אוחרי ולא דרך שטות כיון דעבדינהו לכלהו הוי כמו שנגח שור חמור וגמל. ואמר רב פפא אי שמיע לר"ה הך ברייתא דתני איזהו שוטה זה שמאבד מה שנותנין לו הוה הדר ביה וקבעי בגמ' אי מכלהו הוה הדר ביה או רק ממקרע כסותו דדמי למאבד את כליו יע"ש. והקשה הע"א מאי קמבעיא להגמ' דכיון דכל עיקר טעמא של ר"ה הוא משום דהוי כמו שור חמור וגמל וכיון דהדר ממקרע כסותו ולא נשאר בברייתא רק שניה. וא"כ אין לנו לומר מלך החזקה וע"כ דעל כל חדא וחדא מחזקינן אותו לשוטה יע"ש. וכ"ל דהנה בב"י באה"ע סימן קכ"א וריש הלכות שחיטה הביא דעת הראשונים דלאו דווקא הנהו דחשיב בחגיגה אלא ה"ה דאם עושה דבר מן הדברים דרך עירוף הדעת לשוטה יחשב. והנה בירושלמי הביאו התוס' ד"ה דרך דאמר ר' אבין מסתברא כר"י ובלבד במאבד (כ"ה הגירסא בירושלמי) מה שנותנים לו דאפילו שוטה שבשוטים איכו מאבד מה שנותנים לו עכ"ל וזהו כמו דרצה הגמ' לומר אליבא דר"ה דממקרע כסותו לבד הוה הדר ביה וא"כ י"ל דהכי אזלי איבעיית הגמ' דהנה וודאי ר"ה לא הוי שמיע מהברייתא דמאבד מה שנותנים לו והנה בעי הגמ' אי ממקרע כסותו הוי הדר ביה דרק מקרע כסותו דדמי למאבד וכו' בזה לבד הוחזק לשוטה דהרי אף שוטה שבשוטים איכו מאבד ומקרע כסותו. אמנם בשאר דברים צריך להיות בג' דברים. ואם כי במתניתא לא תני כי אם ג' מ"מ צריך להיות מוחזק משאר דברים או דלמא מכלהו הוה הדר ביה והיה סובר כמו בגמ' דידן שסובר ר"י עכ"פ חזינן דמאבד מה שנותנים לו קרוי בירושלמי יותר מן שוטה שבשוטים. והנה אף דפסקינן כר"י היינו אם עושה אחד מכל אלו שוב אין דעתו שליימה · אמנם בזה לא נחלק דאם ראינו שעושה דבר מן הדברים להיות מוחזק שיהיה מאבד מה שנותנים לו. ואם כן באיש כזה שלא ראינו שעושה דבר כזה לאבד או לקרוע כליו אין לחוש עתה כזאת שהשליך ואיבד את כליו :

והנה אם יתכנו הדברים שאין כאן חשש אבידה מדעת כראה מה שיש לדון בענין חשש שאלה. הנה בענין הכרת בגדים הנה לא הוכרו הבגדים בסימנים רק כי זה האיש המעיד שהכיר הבגדים מחמת כי ראה האיש הנכפה מבאטשאוע לבוש באלו הבגדים וראה אותו פעם אחת או פעמים ומחמת זה הוא אומר כי מכיר הבגדים מחמת טביעות עין שיש לו בהבגדים. והנה זה לא מקרי ט"ע שהרי לא שבעתן עינו וא"כ לא הוה ההכרה רק כי מכיר לבע הבגדים שהיה לבוש בהן וזה הוי חוורי וסומקא דלא הוה סימן כלל. והנה הגאון בעל חת"ס זצ"ל בתשובותיו חדש לן דהא דאמרינן דחוורי וסומקי לא הוי סימן היינו דווקא אם אומר על דבר אחד שהיא חוור או סומק זה לא הוי סימן אמנם אם אמר כי זה האיש היה לבוש בגד אחד בלבע פלוני ובגד אחר שהיה מראהו כך זה הוי סימן גמור. והנה בנידון דידן כי האיש שהכיר מלבושיו אמר בעת העידו לפניכו כי הכיר את מלבושיו ופרט כל מלבוש היאך היה תוארו וכן הכובע אשר כמלא הכירו היטב כי זה היה של האיש מבאטשאוע וא"כ י"ל דחשיב הכרת הבגדים לסימן. אמנם הרי לא הוכרו כל הבגדים וא"כ יש כאן חשש שאלה כי לפי מה שתפסו האחרונים דברי המהרי"ט שהובא בק"ע אות שפ"ב הגם שהוא ז"ל כתב דהא דחיישינן לשאלה דווקא בכלי א' או שנים מ"מ רוב האחרונים תפסו כמו דברי האחרונים שכתבו דלא שביק עלמו ערטילאי דמשמע דווקא כל כליו וא"כ אין לכו על מה לסמוך רק על המכתב תעודה שנמלא ובמכתב כזה כתבו האחרונים גאוני זמנינו דמקרי כלי דלא מושלי איכשי כן כתב הגאון בעל ספר פני יהושע והגאון באבני מילואים ורבינו הגאון בעל חתם סופר :

אמנם גם בזה יש לעיין בשלשה דברים ראשון מה ששמעתי מגיסי הרב מוה' לבי האבד"קק זבארוב משמיה דהגאון פאר דורינו מוה' חיים כ' אבד"קק צאנז כי הגאון פקפק על עיקר הדבר או מכתב הפאס חשיב לא מושלי כיון דלא נזכר בהג מרא וראשונים וגם ראינו דלפעמים משאיל אדם הפאס לחברו. והנה מציאתא דהגאון כ' אמינא דהנה בגמרא מליכו אוכף ועבעת וכיס הויין כלים דלא מושלי מחמת הטעם וסברא דאיתא שם. ומזה שפטו דבכל מילי אשר יש טעם וסברא דלא מושלי איכש הוי כלים דלא מושלי כמו בגד לילית וכדומה. והנה גם בפאס אשר יש טעם וסבר' דלא משיל הוי כמו כלים דלא מושלי להו ואם יקרה א' מכי אלף אשר משאיל פאס לחברו הדומה לו כי גם כיס ואוכף מקרי ג"כ דמשיל לאיכש דאם כאמר דכיס ואוכף לא משיל איכש כלל ולא יקרה דבר זה כלל א"כ היאך יאמר הב"י בתשובה דאם סימנים דרבנן ג"כ בהכך כלים דלא מושלי חיישינן לשאלה ואם לא משיל להו כלל היאך כיחוש לשאלה ובפרט במדינותינו איכו שכיח דבר זה ובפרט שעאטוזר פאס כאשר כמלא אצל זה הכמלא מת. והנה הגאון הכו"ב דעתו כי כתב מלילס ג"כ חשיב לא מושלי איכשי ויהיה איך שיהיה דעת הרבה מרבותינו האחרונים דכתבו שעאטור פאס חשיב לא מושלי וכן אנו רואין במדינתינו :

שנית יש לעיין לפי דברי הב"ש בס"ק ס"ט דסובר דהא דאמרינן דבכלים לא מושלי לא חיישינן לשאלה היינו דווקא אם כמלא בבגדיו הארכקי או טבעותיו בידיו אבל אם מולא הארכקי או הטבעת סמוך לו לא מהני כי י"ל הארכקי מוכח מאז ומקדם. והנה גם בכ"ד דלא כמלא הפאס בבגדיו רק מוכח רחוק ממנו קלת וא"כ אין לנו לסמוך לכאורה בכ"ד עלי הפאס. אמנם לפי עדות שני הנערים אשר אמרו כי מתחלה לא ראו שום דבר מונח אצל הכמלא מת ורק אחר זה כשהלכו לקבור אותו ומלאו כי אלו המכעלים ממנו אשר לפי הכראה בכתים חפשו הנכרים אשר גנבו המכעלים ממנו ולקחו אשר היה שוה אללם כי גם הרלועות מתפילין חתכו והשליכו הפאס ושאר הדברים אשר אין לורך להם ואף אם כאמר אולי לא כתנו לעתם על זה ומלתא דלא רמיא עליה הוא ואולי היה מוכח שם והמה לא ראו בתחלה את הפאס מ"מ כראה לומר דהנה בטעמו של הב"ש ראיתי בספר תועפות רא"ם להגאון מוה' משה טובים זצ"ל דכתב דכוונת הב"ש די"ל על מה שכמלא מוכח שהיה מאז ומקדם וחזקת המי מהכמלא כראה שעתה כפל שדוד א"כ י"ל דהכלים לאו דידיה כיכהו כדי שכאמר שמוכחים מכבר את"ד יע"ש בסימן כ"ו לחלק אה"ע והנה לא הבנתי הדבר מעו החפץ מוכח שם מימות עולם הלא היתה זמן ועת שכפל וא"כ כיון שיש לנו דבר מוכח אימתי כפל אומאי לא כאמר כי מעת הזאת הוא מוכח שם. אמנם הגאון הכ"ל לא ראה כי אם דבריו בב"ש והנה בשו"ת חיכוך בית יהודה סימן קל"א הובא שמה תשובת הגאון בעל בית שמואל וז"ל שם בתוך התשובה אבל בעובדא דידן דמלאו ערום כאשר ילא מבטן אמו ומלאו בגדים ג"כ אף על פי שמלאו קרוב להרוג מ"מ מאן יימר להתיר בכה"ג דהא בוודאי לכ"ע אם מלאו בגדיו לבד ולא שום הרוג אמו מתירין אשת של בעל הבגדים אלו אף אם הם בגדים דלא מושלי. וכן בכה"ג שמא היו הבגדים מוכחים במקום הזה מאז ומקדם וזה כהרג במקום הזה שהיו הבגדים עכ"ל יע"ש הרי כתגלה לכו טעמו של הב"ש דכיון דאין לכו רק היכר הבגדים לבד הוה כמו אם כמלאו בגדים לבד דאין מתירין האשה. והנה כל זה כתב הב"ש לסתור שם בתשובה דעת המתיר משום הכרת הבגדים לבד כשאין אומדנא שהבגדים הללו מזה הכמלא מת סמוך לבגדים יע"ש בתשובה. והנה בכ"ד דהוכרו בגדים אשר כמלאו על המת שהוא מאת האיש הנכפה מבאטשאוע רק

שחוששין לשאלה אם הפאס הנמצא ידוע כי הנהו מאיש הנ"ל ומעתה למה ניחוש חששה רחוקה כי האיש הנ"ל הלך בדרך הזה ואבד שמה הפאס שלו ואח"כ הלך משם והשאיל בגדיו לאיש אחר והאיש הזה הלך דרך שם ונפל שדוד במקום הנז הלא יותר יש לנו לומר כי הפאס הוא מגוף הלזה ונעשה על ידי הנכרים כאשר מראה ג"כ מדברי עדות הנערים :

והנה עוד בה שלישית דאף אם נתפוס כדברינו מ"מ הרי עומד לנגדינו דעת הב"י דאם אמרי' סימנים דרבנן אף בכלים דלא מושלי חיישינן לשאלה. והנה כבר האריכו הגאונים בתשובותיהם לתרץ קושית הב"ש. והנה באמת הב"י בעצמו הרגיש בקושיא זו ותירצה ובזה כל החדשות שהולידו מחמת קושיא זו אם באנו לחוש לדעת הב"י אין שום צד קולא אחר שהב"י בעצמו לא ניחא ליה בהנך תירוצים ורק את זה מצאתי בדברי מהרא"ש בתשובותיו לחלק אה"ע שאלה כ"ג כי הנהו מפרש דברי הב"י לא כדברי הב"ש דהנה הב"ש הביא דברי הב"י בזה הלשון דהא דאמרינן דבכלים הלו לא חיישינן לשאלה היינו דווקא אי סימנים דאורייתא אמנם אם סימנים דרבנן חיישינן לשאלה אף בכלים אלו דמשמע מדבריו דמצד שאלה אייתינן עלה דכיון דלפעמים מקרי ושאלו אף לכלים אלו אמנם מדברי מהרא"ש שכתב וז"ל וכר מן דין יראה דגם הרב ב"י זלה"ה יודה מטעמא אחרינא דאפילו לדברי הב"י ז"ל שכתב בסימן מובהק או ע"ע אין מעידין אע"ג דליכא למיחש לשאלה ע"כ היינו טעמא דחיישינן דהך חותם הוא של איש אחר הדומה לחותם של בעלה של זאת וזה שייך בחותם של עלמא אבל הכא שכתב שמו וכינויו אין לחוש שמא איש אחר עשה לו חותם כזה וכו' יע"ש וקיים ואח"כ הכא יש להתיר כיון שלא הוחזק דכיאל כולי אחר וגם לשאלה ליכא למיחש כדאיתא בגמ' מכ"ל יע"ש הנראה מדבריו דכיון דאיתא בגמ' דכלים אלו לא מושלי אינשי וכיון דלא מרגלו אינשי שיהיו שואלין כלים אלו לא חיישינן כלל לשאלה רק דיש לחוש דלמא הוא מאיש אחר והוא דומה מכל וכל לזה אשר מכירין כי היה לו כיס וארנקי כזה וכיון דכן בכ"ד ליכא למיחש דלמא הוא מאיש אחר אשר יהיה שמו וכינויו כזה כיון דידענו דאין עוד איש אחר אשר יהיה שמו וכינויו בכפר באטשאווע כזה ולבאטשאווע אחר אשר יהיה שמו ג"כ במדינה אחרת אשר יהיה תחת גלילה אשר יקרא אונגוואר לא חיישינן וכן כתב בחת"ס ולאחר אשר יקח פאס על שם האיש הזה ג"כ ליכא למיחש אחרי כי ידוע שהאיש הלזה לקח לו הפאס הזה אחרי חג הפסח בעת אשר נכתב הזמן בהפאס. והנה בר מן כל דין כבר העלו בתשובותיהם דבשעת הדחק אין לחוש לשאלה בכלים דלא מושלי. והנה לדעתי אם עוד נמתין עד שישתקע מכל וכל ובזה דעת הר"א מוורדין להתיר ואף כי אין לסמוך על זה כמ"ש הפוסקים בתשובותיהם מ"מ בכה"ג אולי יש לסמוך ולעשות גם כן סניף להתיר ומי שדעתו רחבה שכר הרבה יטול מן השמים אם יפתח חרצובות העגונה הרכה בשנים דברי גיסו הקטן מנחם בלאאמו"ה מאיר א"ש זללה"ה:

סימן קיא

וזה אשר השיב לו גיסו הרב הנ"ל:

בעזה"י יום ה' י"א אדר שני תרי"ט לפ"ק:

בירח אדר ירוממהו האל וינשאהו בהוד והדר. בקודש נאדר. לכבוד אהובי גיסי הרב הגאון הגדול. חריף ובקי. צדיק ונקי. נ"י עה"י פה"ח נזר תפארתינו כקש"ת מוה' מנחם א"ש נ"י אבד"קק אונגוואר יע"א:

אתנו בעזה"י החיים והשלום נה יוסף האל להחיותינו וישגא תקותינו במאור תורתינו הקדושה כל הימים. הנה באמת השאלה בעצמותה כפי המבואר בגב"ע היא ענין קשה מאוד יען כי לא ניכר שום סימן בגופו מכף רגלו ועד ראשו רק שינוי כליו. ורבינו המחבר בסימן י"ז סתם דחיישינן לשאלה ואף בגווני דלא חיישינן לשאלה כמ"ש הב"ש ס"ק ס"ע דבכלים דלא מושלי לא חיישינן לשאלה מ"מ בכ"ד אשר האיש אשר אנו דנין עליו היה נכפה ועתים שוטה כתבו האחרוני' דחיישי' לאבידה מדעת. והנה כבוד גיסי נ' הביא בשם הנו"בי מ"ק דגם בשוטה שייך לומר חזקה מה שביד אדם שלו דהיא חזקה אלימתא כמבואר בחו"מ סימן ל"ע אולם הגאון בעל חוו"ד והגאון בעל חת"ס (ואין הספרים ת"י) כתבו דבאדם הנמצא מת לא שייך מה שביד אדם שלו. וגם הנו"בי בעצמו דחה זה משום דאיכא כנגדה חזקת א"א. והנה לענ"ד יפלא מדוע לא נימא גם בנמצא מת חזקה מה שביד אדם שייך ליורשיו. והרי בנפל הבית עליו ועל אשתו אמרינן נכסים בחזקתן ולא אמרינן דהוה ממון המוטל בספק אף דאין שום אחד מוחזק בהנכסים. וראיה לדברינו מהא דאמרינן בפרק הכותב דף פ"ה בשב מרגניתא דהוי צרורין ביה ר' מיאשא ושכיב ולא פקיד ואמרינן דצריך להחזירם חדא דלא אמיד ועוד הא יהיב סימנא וכתבו שם התוס' דתרוייהו טעמי צריכי דהיכא דאמיד אפילו יהיב סימנין מובהקין לא מפקינן מנייהו דיתמי דטענינן להו לקוח יע"ש בתוס' ואע"ג דאבידה מהדרינן אפילו בסימנים אמצעים אע"כ ה"ט דגבי אבדה בודאי אינו של המוצאו לכך מהדרינן בסימנין מה שאין כן בטוען פקדון הוא באמיד טענינן ליתמי שלהם היתה דחזקה מה שביד אדם היא שלו ולכך לא מהני סימן. רק אי לא אמיד א"כ ידעינן דלאו שלו היא אז מועיל הסימן דהוי דומיא דאבידה א"כ מוכח דאע"ג דאביהן מת והמה טוענין שמא מ"מ אמרינן חזקה מה שביד אדם שלו ואפילו יהיב סימנא לא מהני. וכן יש להוכיח מהא דאמרינן סנהדרין דף ל' אם אמר ראיתי אביכם שהטמין מעות ואמר של פלוני הם אינו נאמן אם אינו בידו. וכתבו התוס' אע"ג שהמעות לא היו ידועים להיתומים מ"מ אם אינם ביד העד לתנם לו לא מהימן והיינו ע"כ מטעם חזקה כל מה שביד האדם הוא שלו ולא מהימן ה"ד להפוקי מחזקה הרי מה שביד האדם הוי בחזקת יורשיו. ואף שעכשיו הוא מת ואין לו שום קנין בהמעות מ"מ הרי אנו דנין על שעת המיתה! ואז היה לו קנין במה שתחת ידו וממילא זכו יורשיו: ולא חיישינן לשאלה תו דבחייו חזקה מה שבידו שלו היא ואחר המיתה בוודאי אין לחוש לשאלה ולא לאחלופי דאם ירצה איש לפשוט בגדי המת למה יתן אחרים תמורתן :

ומ"ש הנו"בי דה"ט דלא סמכינן אחזקה מה שביד אדם שלו וחיישי' לשאלה משום דאיכא כנגדה חזקת א"א. הנה לענ"ד י"ל דחזקה מה שביד אדם שלו עדיף מחזקת א"א לפמ"ש התה"ד סימן ר"ז דאיכא חזקי דאלימי טובא כגון חזקה דאין העדים חותמין על השטר אא"כ נעשה בגדול וכו' דאתיא מכח רובא דרוב בני אדם עושין כן ואפילו בד"כ אזלינן בתרה מה שאין כן חזקה הפוסקת כגון חזקת פנויה וחזקת אשת איש ע"ש וא"כ י"ל דה"ה חזקה מה שתחת יד אדם שלו היא הויא ג"כ חזקה שאינה פוסקת ועדיפא מרוב וכ"ש מחזקת אשת איש. וראיה לדברינו דהרי חזקה דאין העדים חותמין על השטר אא"כ נעשה בגדול שכתב התה"ד דהו"ל חזקה שאינה פוסקת ואלימא טובא מבואר בכתובות דף י"ט לרבנן דר"מ דס"ל כאמנין לפוסלו משום דאמרינן מיגו במקום חזקה זו ע"ש בתוס' ד"ה חזקה אין העדים חותמין על השטר וקיי"ל כוותייהו. ובחזקה דכל מה שביד אדם שלו דעת הרמב"ן הובא בחו"מ סימן ל"ע דלא אמרינן מגו במקום חזקה זו. ואפילו להחולקים שם מ"מ לא גרע חזקה זו מחזקה דאין העדים חותמין על השטר אא"כ נעשה בגדול דרוב פעמים מה שביד אדם שלו היא, ועפי"ז יש לסתור גם כן מ"ש הגאון מליסא והגאון בעל חת"ס דבאדם מת לא שייך חזקה מה שביד אדם שלו היא כנ"ל. ולמ"ש הא ליתא דבשלמא אם היה החזקה מה שבידו שלו היא כעין חזקת ממון דממונו קנוי לו או כעין חזקת מרא קמא דאמרינן מדמעיקרא היה קנוי גם עתה כן הוא. א"כ י"ל דכיון דבאדם מת לא שייך ביה קנין א"כ לא אמרינן חזקה זו אמנם חזקה זו אינו מצד קנין רק מצד הסברא וא"כ גם במת שייך לומר דמה שנמצא אצלו היא שלו.

וכזה יש לדחות ג"כ ראיה השניה שהביא הגאון מליסא מדברי הרמב"ן הנ"ל די"ל דדוקא גבי שטרות דלא שייך בהו קנין בשום פעם דאין גופן ממון אמרינן דלא חשיב מוחזק דא"א לקנותן אם לא בכתיבה ומסירה מה שאין כן בדבר דשייך ביה קנין אף דעתה היא תחת ידו שלא על פי דרך קנייתו אמרינן מה שתחת ידו שלו ומסתמא קנהו בדרך המועיל. אך זה יש לדחות לדעת הסוברים דשטרות נקנין באגב וק"ס כמבואר בחו"מ סימן כ"ו סעיף י' וא"כ ה"נ כיון דקנה השטר פעם ע"י אגב או ק"ס. ואע"ג דמשמעות הש"ך סימן הנ"ל ס"ק מ' נראה דהרמב"ן ס"ל דשטרות אינן נקנין באגב מ"מ הרי הרמב"ן כ"כ ליישב דעת הרי"ף והרי הרי"ף פ' הספינה ס"ל דשטרות נקנין על ידי אגב. ואולי יש לחלק דתפיסת השטר לא חשיבא חזקה רק לענין דבר הנקנה מבלי דעת אחרת מקנה ואמרינן דתפיסתו מוכחת דהמוכר סילק רשותו וקנהו המחזיק ע"י משיכה אבל לענין אגב וק"ס דבעינן ד"א מקנה וגבי הפקר לא שייך קנינים אלו ולכן אין תפיסתו מוכחת על הקנינים האלה ועיין מ"ש רש"י ב"ק דף קי"ח ד"ה פרה דנראה דס"ל דאגב מהני אף בלא דעת אחרת מקנה ויש להאריך בזה ול"ע:

והנה למ"ש הש"ך סימן מ"ז ס"ק ז' וסימן ל"ט דבשטרות לא שייך חזקה דכל מה שבידו שלו היא בלא"ה יש לדחות ראית הבעל קהלת יעקב הנ"ל דהתם בשטרות קמיירי ובשטרות לא שייך חזקה זו ולכך לא אמרינן חזקה דכל מה שתחת ידו שלה גבי מלוגא דשטרי האמנם שנויי דחוקי לא משנינא דהרי הרמב"ם פרק י"א מהלכות מלוה כתב כדברי הרי"ף דבשטרות לא מהימן המוחזק לומר מחיים תפיסנא משום דאין גופן ממון ע"ש והרי הה"מ כתב בפרק ב' מהלכות מלוה מדכתב הרמב"ם אם אומר שטר אמנה היא אינו נאמן אם חב לאחרים מוכח דס"ל כהרמב"ן דלא אמרינן מיגו במקום חזקה דכל מה שתח"י אדם שלו וכ"כ הכ"מ פרק א' הלכה הנ"ל והרי שם איירי בשטרות א"כ מוכח דס"ל דגם בשטרות שייך חזקה זו ותיקשי ליה לדידיה עובדא דמליגא דשטרי. לכן נלע"ד דע"כ לא קאמר הרמב"ן אלא גבי מלוגא דשטרי כיון דאכתי הלוה מוחזק בנכסים ואין ביד הנפקד מאומה כ"א שטר ראיה ואם כן כיון דשטרות אינן נקנין אלא בכו"מ עכצ"ל דאין גופן ממון ומש"ה לא מקני במסירה לחוד. וא"כ איכא יהיה נחשב הנפקד למוחזק הלא עיקר הממון בידיה דלוה ושטרא חספא בעלמא לגבי הנפקד כל זמן אשר לא כתב ליה המלוה קני איהו ושיעבודיה ואפילו להסוברים דנאמן לומר כתיבה היה לו ואבד מ"מ לא חשיב מוחזק ביה כיון דאין גופן ממון ומש"ה בעינן כו"מ. מה שאין כן למ"ד אותיות נקנית במסירה עכצ"ל דהו"ל כאלו גופו ממון דהרי במסירה לבד נקנה כמו שאר מטלטלי אם כן שפיר הו"ל מוחזק ע"י תפיסתו של השטר אף אם לא נכתב על שמו. מה שאין כן אם בעינן כו"מ א"כ חזינן דהממון לאו בתר השטר גריר א"כ לא תפיס הנפקד רק ניירא בעלמא וגוף הממון היא ביד אחרים ולכך לא חשיב מוחזק. ג"כ כן היה נלע"ד דברי הרמב"ן ז"ל:

שוב פקחתי עיני וראיתי בבעה"ת שער כ"א חלק ח' העתיק כל דברי הראב"ד בהשיגו על הרי"ף בענין מלוגא דשטרי כאשר המה כתובים על ספר הזכות ובספר תמים דעים וא"כ מביא מש"כ הר"ר מאיר ז"ל. וז"ל ודוקא אונות ושטרות מפני שאין תפיסה מחוורת שהממון הוא ביד אחרים ואין תפיסת השטר מהני להיות הממון שלהם אלא יהיה הממון של בעליהם והשטרות גריר אחריהם וכ"כ הר"ר יצחק (והיינו הרי"ף) בפרק הכותב ודוקא לענין מלוגא דשטרא דלא מהני ליה תפיסה עכ"ל ע"ש שהאריך. ובלי ספק שדעת הרמב"ם כדברי הר"מ שהביאו הבעה"ת הנ"ל דס"ל דלא מהימן לומר לקוחין הן בידי בשטר ולא חשיב מוחזק משום דלא תפיס רק ניירא בעלמא והממון ביד אחר ודלא כמו שהבין הקהלת יעקב:

עוד ראיתי שם בבעה"ת בשם הר"מ הנ"ל שפירש הא עובדא דמלוגא דשטרי דמיירי באשה שהיה לה חוב על בעלה והפקיד הבעל בידה של אחרים יע"ש וא"כ בלא"ה אין כאן קושיא דליהמנה דמחיים תפסה במיגו דלקוחה דהרי היתה מוחזקת בהשטרות ותהיה נאמנת אם תאמר לקוח. ולהנ"ל יתכן שפיר דהרי מבואר בב"ב דף נ"א ע"ב ע"ש בתוס' ד"ה קבל מן האשה דאמרינן חזקה כל מה שביד אשה משל בעלה ובאשה הנושאת ונותנת אפי' טוענת בברי שהמה שלה לא מהימנא והרי כתב הרא"ש הובא בחו"מ סימן ס"ב דלאו דוקא נושאת ונותנת רק אם רגיל להפקיד אצלה ולכך הכי נשי כנושאת ונותנת דמיין. וא"כ כיון דאפקיד בעלה גבה מלוגא דשטרי הו"ל כנושאת ונותנת ומה שבידה היא בחזקת משל מבעלה וא"כ אף אם תטעון לקוח לא תהיה נאמנת דהכל בחזקת משל בעלה. ובהכי אזדא קושית הכ"מ סימן ס"ב בשם הראב"ד דאמאי לא נאמין לה אם תטעון משכון הם בידי אף מבלעדי מיגו דטענה זו לא בעינן כו"מ והוא בעלמותה טענה טובה דחזקה מה שביד אדם שלו. ולדברי הבעה"ת לק"מ כיון דמיירי בשטרות המופקדים בידה משל הבעל א"כ אין כאן חזקה דכל מה שביד אדם שלו הוא דאדרבא כל מה שבידה היא בחזקת הבעל. אך שהיות דדברי הרמב"ן מוכח דלא מוקי לה בבעל שהפקיד אצל אשתו ועל כל פנים בין כך ובין כך לא מוכח מדברי הרמב"ן דאם אינו בר קנין עתה דכיון דלא חשיב מוחזק אעפ"י שהיה מקודם לזה בר קנין. ומה גם חזקה מה שביד אדם שלו למה זה יגרע אחר המיתה וא"כ לפ"ז באדם מת הנמצא בידו דבר מה בוודאי אמרינן חזקה זו כיון דלא ידענו היאך בא לידו ולא הוי לן לומר דחיישינן לשאלה דהרי אף אם אומר על מה שבידו שאינו שלו לא משגחינן ביה ואמרינן איערומי קמערים כמ"ש הה"מ הנ"ל בשם הרמב"ן ק"ו אם אינו אומר מאומה אמרינן דהנמצא עליו היה שלו ממש כיון דע"כ לאחר מיתה לא לקח בידו מאומה ולא כסה עצמו בטלית שאינו שלו וע"כ מחויב היה לבוש בהן וכספו טמון בחבו ואז שפיר היה שייך החזקה דכל מה שתחת יד אדם שלו. ואפילו מיגו לא מרעא לה דאלימא טובא כנ"ל. ואמרינן גם עתה כן הוא:

וא"כ לפי"ז יש לומר הא דחיישינן לשאלה אף דיש חזקה כל מה שביד אדם שלו הוא והוא חזקה אלימתא ואף חזקת א"א לא מרעא לה כמ"ש בשם התה"ד י"ל דהיינו רק מדרבנן כמ"ש הראשונים במים שאין להם סוף דלא תנשא אף דרובין למיתה והנמלטין הוי מיעוטא דמיעוטא מכל מקום משום חומרא דא"א החמירו כמ"ש התוס' והרא"ש בכורות דף כ' והיינו דהרבה פעמים נמלטין ע"י דף או גל דנהי דאם אנו דנין ע"ז האיש הנטבע או הספינה אמרינן דרובא למיתה מ"מ כיון דבין הרבה ספינות ניצול לפעמים א' ואתי לידי חורבא אם נתיר כולן לכך גזרו חז"ל ע"כ הנטבעין במים שאין להם סוף דלא ניזול בתר רובא וא"כ ה"ה בהא דחיישינן לשאלה אף דמן התורה היה לנו לומר כל מה שביד אדם שלו מ"מ כיון דאין אנו יכולין להכחיש דרכן של בני אדם דמושלי כליהן דבכלים שאין עשוין להשאיל כתבו התוס' יבמות דף ק"כ והריטב"א בש"מ לב"מ דלא חיישינן לשאלה וא"כ נהי דבאיש הזה אשר אנו דנין עליו הוה לן לאוקמי אחזקה דכל מה שביד אדם שלו. מ"מ הרי עינינו רואות דהרבה בני אדם מושלי ואם נתיר את כולן ע"י סימני כלים אתי לידי חורבא ותקלה לכך גזרו חז"ל דניחוש לשאלה והסברא ישרה בעלמותה. וא"כ לפ"ז הא דחיישינן לשאלה במת הנמצא היא רק מדרבנן משום דחזקה מה שביד אדם שלו מן התורה רק חכז"ל חשו דבכל העולם הרבה בני אדם מושלי להדדי ואתי לידי חורבא אבל אם אין צריכין לדון רק על זה האיש הפרטי היוצא מן הכלל בוודאי מוקמינן ליה אחזקה וא"כ לענין אבידה מדעת דלא שייכא כלל בשום אדם רק בשוטה דמאבד מה שנותנים לו. א"כ ע"כ אין אנו צריכין לדון רק על זה השוטה ולא על רוב העולם. וא"כ תו לא חיישינן דלמא אבד מה שיש לו ואיש אחר מצאו ומת זה וודאי לא חיישינן דחזקה מה שביד אדם שלו ואין לומר דנגזור על כל נשי שוטים. הא וודאי ליתא כיון דהא גופא לא שכיחא שיצא איש מדעתו וימות איש אחר בכליו באין רואה והא וודאי לא גזרו. וא"כ ע"כ אנו

דכין רק על זה השוטה וכיון דאין דכין רק על גוף הכדון. א"כ תו לא חיישינן לאבדה דהרי חזקה מה שביד אדם שלו הוא והוא חזקה אלימתא. והרי לדעת האחרונים לאבידה סתם לא חיישינן דלא כהה"מ משום דלא שכיחא או מטעם חזקה הכ"ל וכהי דבשוטה שכיחא אבידה מ"מ גוף ענין שילא איש מדעתו לא שכיחא ולא גזרו בכה"ג זהו הכלע"ד :

ולפי"ז בכלים דלא מושלי אכשי גם בשוטה לא חיישינן אף דלא שייך גביה לומר דעושה כמכהגו של עולם כי בשגעון יכהג. מ"מ כיון דע"כ לריכין אנו לדון רק על זה השוטה דהרי כולי עלמא לא מושלי הכך כלים א"כ אזלינן בתר החזקה דמה שביד אדם שלו היא ולא חיישינן לשאלה. ואין להקשות מדברי התוס' שכתבו דמן התורה חיישינן לשאלה אפילו במטון הקל. די"ל דהם לא כתבו רק באבידה דלא שייך חזקה מה שביד אדם שלו. אבל גבי מת המכלא בכליו י"ל דמן התורה לא חיישינן לשאלה מטעם חזקה הכ"ל דאפילו חזקת א"א לא מרעא לחזקה הזאת דאלימא טובא. מה שאין כן באבידה לא שייך חזקה זו דס"ס תיפוק הא מומכא מתותי' ידי'. ועפימ"ש י"ל קושית התוס' בסוגין שהקשו למאי דמסיק הש"ס כליו בחורי וסומקי א"כ לא חיישינן לשאלה. אכ"ק אמאי תכן מלאו בחפיס' אם מכירו ור"ל דמכיר להגע. למה לריך להכיר הגע כיון דיש לו סימן בהחפיסה הא לא חייש' לשאלה יעיי"ש. ולמ"ש י"ל הא דמסיק הש"ס דלא חייש' לשאלה הייכו משום חזקה מה שביד אדם שלו כמ"ש הכוב"י והכה זה לא שייך רק אם כמלא אדם מת ויש סימן במלבושיו אמרינן חזקה שהבגדים המה שלו. מה שאין כן באם כמלא הגע בחפיסה מה חזקה יש להשליח יותר מיב"ש אחר דהיא שלו וא"כ בוודאי חיישינן לשאלה. וי"ל עפי"ז דקדוקו של הב"ח בתשובה שהקשה אמאי פריך הש"ס בתר דמסקינן כליו בחורי וסומקי מהא דתכיא מלאו קשור בכיס כיחוש לשאלה הלא מיד דמסקינן דחיישינן לשאלה הו"ל להש"ס לאקשויי ממלאו קשור בכיס כו' והוכיח מזה דלמסקכא ג"כ חיישינן לשאלה והוא כגד דברי התוס' הכ"ל. ולמ"ש יתכן שפיר דהא דאמרינן כליו בחורי וסומקי ולא חיישינן לשאלה הייכו רק באדם הכמלא מת לבוש בכליו ומשום חזקה מה שביד אדם שלו מה שאין כן בגע הכמלא בשוק בכליו שפיר חיישינן לשאלה דלא שייך חזקה זו. ולכך פריך הש"ס אף למאי דמסיק כליו בחורי וסומקי ולא חיישינן לשאלה כמ"ש התוס' מ"מ אכתי קשה מברייתא דמלאו קשור בכיס דמיירי בגע כיחוש לשאלה דלא שייך חזקה מה שביד אדם שלו. ומיושב דקדוקו של הב"ח דבגע לכולי עלמא חיישינן לשאלה דליכא חזקה המתכגד ואם כן לפ"ז אף שיש לו סימן בהחפיסה מ"מ לריך להכיר הגע דאם לא כן חיישינן לשאלה דבגע הכמלא לא שייך מה שתחת יד אדם שלו ושפיר חיישינן לשאלה ורק בעגוכה הקילו מטעם חזקה ככ"ל. ואם כן אמרינן שפיר במלאו בחפיסה דלריך להכיר הגע בעלמו דאל"כ חיישינן לשאלה דבגע הכמלא לא שייך חזקה מה שתחת יד אדם שלו ושפיר חיישינן לשאלה דאע"ג דמסקינן דלא חיישינן לשאלה הייכו רק בעגוכה משום חזקה הכ"ל משא"כ בגע ודו"ק: ולדעת התוס' כ"ל דלמסקכא לא חיישינן לשאלה כלל ואפילו באבידה ואם כן לפי"ז י"ל דמ"ש התוס' דמן התורה חיישינן לשאלה י"ל דרק באבידה וגע כתבו כן דלא שייך חזקה מה שבידו שלו מה שאין כן בעדות אשה דשייך חזקה הכ"ל. שוב ראיתי בש"מ שכתב גם כן חזקה זו דמה שביד אדם שלו ואין להאריך :

וראיתי להריב"ש בתשובה סימן שע"ט שכתב דכל הכזכר במסכתיכו ביבמות דף ק"כ דאין מעידין על פרלוף פכים עם החוטם הכל היא איסור תורה כיון דתכי להו בהדי איסור תורה יע"ש. וא"כ לדבריו מוכח דגם חששא דשאלה היא מן התורה. דהרי תכן שם אע"פ שיש סימכין בגופו ובכליו ואמרינן כליו דחיישינן לשאלה. ואכי תמה דהרי שם במסכתיכו איתא דאין מעידין על פרלוף פכים עם החוטם אף על פי שיש סימכין בגופו ובכליו ובבכורות דף מ"ו פרכינן מיכה אהא דאמר רשב"ל פדחת פוטר. מ"מ אלמא דפדחת בלי חוטם שייך ביה יכיר. ומשכי שאני עדות אשה דאחמירו בה רבכן. הרי להדיא דמשכתיכו מיירי במידי דרבכן. דמן התורה פדחת לבד פוטר. וא"כ י"ל דגם חששא דשאלה לא הוי רק חששא דרבכן. ואולי י"ל דהריב"ש לטעמיה אזיל דס"ל שם בתשובה הכ"ל דתרי חזקות עדיף מרובא. ולכך י"ל אף דחזקה מה שתחת ידו הוא שלו הויא חזקה דאתיא מכח רוב בכי אדם שדרכן כן והו"ל חזקה שאיכה פוסקת כמ"ש התה"ד סימן ר"ז ואפילו בד"כ אזלינן בתרה. מ"מ הא איכא ככגדה תרי חזקי חזקת אשת איש וחזקת חי דמוקמינן להבעל בחזקת חי לכך חיישינן לשאלה מן התורה דכהי דיש לן לומר חזקה מה שביד אדם שלו הוא ומסתמא לא השאיל כליו דהו"ל חזקה דאלימא טובא דאתיא מכח רובא מ"מ הרי איכא ככגדה תרי חזקה דעדיפא מרובא: אבל למ"ש הכודע ביהודה לדחות דברי הריב"ש דהכי תרתי חזקי כחדא היכון. א"כ י"ל דלא חיישינן מן התורה לשאלה כלל ומטעמא דכתיבכא ולאבידה לא חיישינן אף מדרבכן. ואפילו בשוטה ג"כ לא חיישינן לאבידה מדעת. ודאתאן עלה בל אכחד מהדר"ג מה דקשיא לן על דברי הריב"ש הכ"ל מהא דאמרינן ביבמות דף קי"ט האשה שהלך בעלה ולרתה למדיכת הים ובאו ואמרו לה מת בעלך לא תכשא ולא תתיבם ופרכינן בשלמא לא תתיבם שמא מעוברת לרתה אלא לא תכשא אמאי הלך אחר רוב כשים ורוב כשים מתעברות ויולדת ומסקינן הא מכי ר"מ היא ואי כימא כדברי הריב"ש דתרי חזקי עדיפא מרובא. הרי שם איכא תרי חזקי כגד הרוב חזקת איסור לשוק וחזקה שלא כתעברה וא"כ אפי' כרבכן אתיא וכ"ע :

ומ"ש כ"ת ליישב קושית הט"א דפה"ח אולם מ"ש דאף אם הוחזק לשוטה לא הוחזק לאבד מה שכותכים לו דאף שוטה שבשוטים איכו עושה כן כמבואר בירושלמי ומזה יצא לדון בכ"ד דלא חיישיכן לאבידה מדעת. לעכ"ד יש לפקפק בזה די"ל דמאבד מה שכותכים לו חמור משאר שוטים הייכו מאיכך תלת דחשיב בריש חגיגה דהייכו לן בבה"ק ויולא יחידי בלילה ומקרע כסותו כיון דכל דבריו עושה בדעת כאחד האדם רק בהכך תלת דעתא שגישתא איכא ביה לכך מאבד מה שכותכים לו חמור טפי אבל בשוטה גמור אשר איככו יודע מאומה בוודאי גרע יותר ומאבד מה שכותכים לו. וא"כ בככפה אשר בעת כפייתו הוא שוטה גמור כדאיתא להדיא בר"ה דף כ"ח בכפאו שד והכל מלה לא ילא. הכה זה וודאי גרע ומאבד מה שכותכים לו וכל מעשיו עושה בהשכל ודעת. ויש להביא ראיה לזה מדאמרינן בר"ה דף הכ"ל בשם אבוה דשמואל כפאו והכל מלה ילא ופרכינן איליימא כפאו שד ו' תכיא עתים חלים עתים שוטה כשהוא שוטה הרי הוא כשוטה לכל דבריו יע"ש. ואם איתא מאי קושיא דלמא אבוה דשמואל כר"ה ס"ל דעד דעביד להו לכלהו. ובכפאו והכל מלה ילא משום דלא עביד לכלהו דרך שטות רק חדא ומאי פריך הש"ס. אע"כ כ"ל דאף לר"ה דס"ל דעד דעביד לכלהו דרך שטות מ"מ הייכו דווקא היכא דכל מעשיו המה בדעת שליימה רק בחדא מהכך תלת עביד להו דרך שטות אבל בככפה בעת כפייתו אשר לא ידע מאומה וכל מעשיו המה בלי דעת ודרך שטות בוודאי גרע יותר ומאבד מה שכותכים לו. ואפילו לס"ד דר"ה דמאבד מה שכותכים לו לא קחשיב שוטה מ"מ בככפה חשיב שוטה גמור לכל מילי. וראיה למ"ש דהרי שם בירושלמי פרק א' דתרומות ובריש מי שאחזו איתא והדין קורדייקוס לית ביה חד מהכון ר"ל מהכך תלת ואעפ"כ מבואר במשכתיכו ר"פ מי שאחזו דחשיב ליה שוטה גמור אע"כ כמ"ש. אולם אף לפי דעת מעכ"ת הרמה עדיין לא כחה דעתי בהלכה דכהי דלא חיישינן לאבידה מדעת דאמרינן דלא בא לכלל שטות כזה להיות מאבד מה שכותכים לו. מ"מ אכתי איכא למיחש לשאלה אף בכלים דלאו מושלי גבי שוטה. דדווקא בבן דעת איכא למימר כי הדברים אשר אין דרך להשאיל לא השאיל. אבל גבי שוטה אשר אין סדרים לו היכא כימא דלא שיכה דרבכן של בכי אדם והכודע ביהודה לא סמך להתיר בשוטה רק היכא דבלא"ה אתרע החזקה דא"א ולא חש לשאלה כלל היכא דפקע חזקת אשת איש לפי דרכו דבדרבכן לא חיישינן לשאלה כמ"ש בכמה דוכתי בתשובותיו .

והנלע"ד בזה דהנה כתבתי למעלה די"ל לפי קט דעתי דהשם שאלה איכה רק מדרבנן. ולא מלאני לבי לחדש זה מדעתי ועכשיו האיר ה' עיני וראיתי להרדב"ז בתשובה חלק ב' סימן תשכ"ח שכתב כהי דסימנין דאורייתא וסמכינן עלייהו מ"מ משום מומרא דאשת איש חיישינן לשאלה. מה שאין כן באבידה לא חיישינן אפילו מדרבנן וקיים אבל בסימנין המובהקין ביותר לא חיישינן לשאלה כלל אפילו מדרבנן אפילו באיסור א"א יע"ש שהעלה כן לדעת הרמב"ם הרי דס"ל להרדב"ז בהדיא דחשש שאלה לא הוי רק מדרבנן. ובאמת צריך לעיין על דבריו מ"ש דבאבידה אפילו מדרבנן לא חיישינן לשאלה א"כ קשה מאי פריך הש"ס חמור בסימני אוכף היכא מהדרינן ניחוש לשאלה הלא באבידה לא חיישינן לשאלה בין מן התורה ובין מדרבנן וצ"ע. מ"מ במה בקיצר דאיכה רק מדרבנן אין לנו הוכחה כנגדו וא"כ יש לנו רשות לחלק מדעתינו כיון דפלטינן מאיסור תורה לדעת הרדב"ז ז"ל:

ונראה דהנה יש לדקדק בסוגין ב"מ דף כ"ז דפריך הש"ס חמור בסימני אוכף היכא מהדרינן ומשני לא שאילו אינשי אוכפא דמשמע דהקפידא הוי מן השואל. ועל מה דפרכינן מכיש וארנקי משנינן כיש וארנקי וטבעת לא מושלי אינשי ואמאי לא אמרינן גם באוכף לא משאלי אינשי. ונראה דאיכא תרי גווני דלא חיישינן לשאלה חדא מפאת המשאיל אשר איננו רוצה להשאיל זה החפץ. והשני מפאת השואל אשר אין לו חפץ בזה הדבר ואיננו רוצה בהשאלה. והנה הקפידא הוא בשואל מלד דמסקיב ליה לחמרא לכך נקט הגמ' לא שאילו אינשי ר"ל שהשואל אומר למשאיל שקול טיבותך ושדי אחוריך. מה שאין כן בכיס וטבעת דהמשאיל איננו רוצה להשאיל אי משום דלא משמני אי משום דחייש לזיופא לכך קאמר הש"ס לא משאלי אינשי. וראיתי בשם הגאון מהר"י כ"ץ אחיו של הקלות החושן היכא דתרווייהו לא ניחא להו בהשאלה גם הב"י מודה ותירץ בזה מה דקשיא על הב"י מסוגין ואני כתבתי הנלע"ד:

והנה לפי"ז אולי יש לומר כמו דס"ל למהרי"ט הובא בתק"ע דכל בגדיו לא מושלי אנשי דלא שביק נפשי' בלא לבוש. וכתב שם דלאחלופי גם כן לא חיישינן כיון שהאיש האחר היה לבוש ג"כ בגדים למה זה יחליפו זה עם זה ולאבידה ג"כ לא חיישינן ככ"ל רק חיישינן לשאלה שפגע בו אדם מחוסר בגדים ושאלם לו· וא"כ י"ל דזה ג"כ לא שכיח שיפגע בו אדם מחוסר כל בגדיו. ויאמר שלח מדך ואלבשנה דמי זה יחפוץ כזאת מרעהו ובפרט הכובע מאחר שכמלא בגד של ציצית. א"כ מוכח שהיה מות ישראל ואין דרך ב"י לילך פרוע ראש בלי לבוש כלל וגם לא להכיח את חברו. וא"כ נהי דהוא שוטה ואמרינן דבעת שטותו השאיל אף כלים דלא מושלי אנשי מ"מ לא יקבל השואל ויבקש מחברו דברים כאלה שישאר ערטילאי. ואף אם יגמגם אדם לומר הלא על דברי המהרי"ט פליג הככה"ג וחד דעימיה ואתה בא להוסיף על דבריו. אמינא בה עוד טעמא. כיון דלאבידה לא חיישינן הן מטעמא דמעכ"ת הן מטעמא דידי דחזקה מה שבידו שלו כמ"ש וגם לגניבה לא חיישי' דאחזוקי אנשי בגנבי לא מחזקינן ולשאלה ג"כ לא חיישינן באדם אחר בן דעת משום דהוי כלים דלא מושלי אנשי כאשר יבואר לפנינו בעזה"י. רק בשוטה זה ליכא דניחוש אף בכלים דלא מושלי דלמא השאילם בעת שטותו. י"ל דהא וודאי לא חיישינן דהאיך רשאי לקחת מאומה מן השוטה בעת שטותו. והו"ל כגניבה ואחזוקי אנשי בגנבי לא מחזקינן והרי בככפה אמרינן בר"ה דף כ"ח דהו"ל עתים חלים ועתים שוטה. וכשהוא שוטה הרי הוא כשוטה לכל דבריו וכשהוא חלים הרי הוא כפקח לכל דבריו ואם כן ממ"נ ליכא למיחש לשאלה דבעת שטותו הו"ל כגניבה ובעת חלימותו בוודאי לא השאיל כלים דלא מושלי דהו"ל כפקח:

האמנם הדבר הקשה בזה הנדון כיון דלא היה שום סימן בבגדיו. ומה שאמר העד שהכיר הבגדים בעניעות עין דהא הד"ג כיון שלא ראהו לבוש בבגדיו רק לשעה קלה הו"ל ככלי אכפוריא לרשב"א בריש פרק אלו מציאות דלא מהני בהו טביעות עין אף לצורבא מרבנן משום דלא שבעתן העין. וא"כ העד לא הכיר רק לבע בגדיו והו"ל כחוורי וסומקי דהו"ל סימן גרוע ולא מהני כלל שוב הביא כ"ת בשם הגאון בעל חת"ס דאם פרט כל הבגדים איזה חוור וסומק וכדומה זהו הוי סימן גמור ולא אמרינן דחוורי וסומקי לא הוי סימן רק אם אומר על אחד הבגדים שהוא חוור או סומק וא"כ י"ל דה"ה הכא זהו תוכן דבריו. והנה לפי דברי הגאון בעל חת"ס היה בכ"ד קולא גדולה לסמוך על הפאס אשר נכתב בו שהאמור דהיינו הקומה וגוון העינים והשערות ותבנית החוטם א"כ הכי כולם ביחד הוי סימן גמור דהגמ' מדמה ארוך וגוץ לחוורי וסומקי וא"כ ע"כ לא השאיל הפאס אלא לאדם הדומה לו בתבנית הנ"ל והו"ל שאלה דיחיד ולא הוה לן למיחש לשאלה כמ"ש הגאון בעל חכם לבי בתשובה סימן קל"ד וכן הסכים לזה הגאון בעל לקט הקמח בספרו שו"ת שתי לחם למנעשה והחזיקו ע"י הרבה אחרונים. אולם באמת לא הבינותי דברי הגאון בעל חת"ס כיון דקיי"ל דאפילו מאה סימנים גרועים לא מהני וכתב התה"ד דלא מצטרפין ג"כ לשארי אומדנות וסימנים גרועים הייכו ארוך וגוץ וחוור וסומק. וא"כ בגופו לא מהני אפילו מאה סימנים גרועים ובכליו דאיכא ג"כ חשש שאלה מהכי אתמהה. ועוד דזיל בתר טעמא דהרי כתב התה"ד דסימן אמלעי לא שכיח רק אחד מאלף וסימן מובהק לא שכיח כלל אפילו אחד מאלף ועינינו הרואות דדבר ההוה אשר בכל מקום ומקום נמלאים כמה בני אדם אשר גוון מלבושיהם דומים זה לזה. ואפילו סימן אמלעי לא הוה ע"י צירוף חוורי וסומקי דהרי כתב הב"ש ס"ק ע"ג בשם הרא"ס והמ"ב אע"ג דמאה סימנים גרועים לא מצטרפי מ"מ תרי סימנים אמלעיים מצטרפי להיות סימן מובהק ואי כיון דג' או ד' סימנים גרועים מצטרפי והוי סימן אמלעי אם כן מאה סימנים גרועים הו"ל להיות סימן מובהק וזהו דבר שאין לו שחר:

ואעפ"כ אמרה נפשי גברא רבה איר מלתא להקל בתק"ע אמינא בה טעמא דס"ל להגאון בעל חת"ס דחוורי וסומקי הוי סימן אמלעי ול"ד לארוך וגוץ משום דדרך המות להתפשט לאחר מיתה כמ"ש הרדב"ז ואע"ג דהגמרא מחשיב חוורי וסומקי לסימן גרוע דאפילו אם סימנים דאורייתא לא מהני היינו משום דע"י חשש שאלה בכלים דמושלי משוי ליה כסימן גרוע כמ"ש הב"ש לדעת הב"י רק בסימנין מובהקין ס"ל להחת"ס כדעת הרדב"ז הנ"ל דלא חיישינן לשאלה, וא"כ לפי"ז בכלים דלא מושלי מהני חוורי וסומקי עכ"פ ע"י צירוף דהרי גם בתה"ד מביא דעת גדול א' דלירוף סימנים גרועים מהני ומיושב עפי"ז דקדוקו של הב"ח הנ"ל אמאי נטר הש"ס להקשות מכיס וארנקי עד בתר דמשני כליו בחוורי וסומקי וק"ל ואין להאריך אם זה הדבר צריך ראיה אולם מה שהחליט כ"ת דכאן לא שייך טביעות עין דהו"ל ככלי אכפוריא. לענ"ד יש לדון בזה דהנה התוס' ב"מ דף כ"ז כתבו דרבנן פליגי ארשב"א דאף בכלים שלא שבעתן עין מהני טביעות עין וקי"ל כוותייהו והביאו ראיה ונדאהדרו לרבב"ח גיטא בטביעות עין. וכן דעת הגהות מיימוני בשם סמ"ג ותמהו על הרמב"ם מדוע פסק כרשב"א. אולם אף לדעת הרמב"ם והרא"ש והטור סימן רס"ב דפסקו כרשב"א מ"מ הרי אמרינן בש"ס שם מאי כלים חדשים כגון בדי מחטין וליכוריות. ומשמע דווקא הכי אבל אחריני אפילו לא שבעתן העין והוה חדשים מהני בהו טב"ע. וכן מלאתי בש"מ בשם שיטה ז"ל משמע דווקא הכי כגון בדי מחטין וליכוריות ומחרוזות של קרדומות הוא דאין העין מכירן במעט זמן עד לאחר שנתישנו אבל אבל שאר כלים דלית להו סימן אפילו חדשים אית בהו טב"ע במעט זמן והיינו דקתני רישא ומודה ר"ש בכלים חדשים ששבעתן העין אבל הרמב"ם כתב שהמולא כלי חרס וכלי זכוכית וכיולא בהן מכלים שלורת כולם שוים הרי אלו שלו ואם ישנים כוטל ומכריז משום ת"ח וא"י היאך יפרש זו הברייתא עכ"ל הש"מ הרי להדיא דגם לרשב"א מועיל ט"ע במעט זמן אפילו בכלים חדשים. ונלע"ד דגם הרמב"ם סובר דאיכא ג"כ כלים

חדשים דמהני בהו טב"ע במעט זמן. וז"ל הרמב"ם פי"ד מהלכות אבידה המוצא כלי חרש וכיוצא בהן מכלים שצורת כולן שוין הרי הן שלו שהרי הם כמו דינר משאר דינרין שאין להם סימן ואין מכירין אותן ואם היו כלים שטבעתן העין חייב להכריז עכ"ל מבואר מדבריו דדווקא בכלים חדשים אשר נעשו הרבה מאוד על תמונה אחת ותבנית אחד להם ואין שום הפרש ביניהם כשהם חדשים באלו אין מועיל טביעת עין כי נעשו לאלפים בתואר אחד אשר בקושי מאוד ימצאו איזה הבדל ביניהם. אבל בשאר כלים אפילו הם חדשים מהני בהו טביעות עין ומש"ה דקדק הרמב"ם וכתב מכלים שצורת כולם שוים ודימה אותן לדינרין הנעשים כולם בדפוס אחד לומר דווקא כעין הכי לא מהני בהו ט"ע אבל אחריני אפילו חדשים מהני בהו ט"ע דאם לא כן הו"ל למימר אם חדשים הן שלו ואם ישנים הר"ז מחזיר אע"כ כמ"ש. ובהכי י"ל ראיות התוס' דקיי"ל כרשב"א מרבב"ח דאהדרו ליה גיעא בט"ע די"ל להרמב"ם דבכה"ג גם רשב"א מודה דבגע איכא ביה טביעת עין:

והנה לכאורה עלה בלבי לומר דהרמב"ם והתוס' לטעמייהו אזלי דהנה בתוס' חולין דף ל"ו כתבו הא דאמר רבא טביעות עין עדיף מסימנא היינו אפילו ט"ע כל דהו ואף על פי כן עדיף מסימנא. אולם הפר"ח יו"ד סימן ס"ג דקדק מדברי הרמב"ם והמחבר שכתבו אם מכירו וודאי דבעי ט"ע גמור. וכתב הפר"ח ודלא כהתוס' ע"ש. והנה כלי אכפוריא דלרבנן אית בהו ט"ע ולרשב"א לית בהו ט"ע ע"כ צריך לומר דלא הוי רק ט"ע כל דהו ובהא פליגי רשב"א ורבנן. דלרבנן מהני ט"ע כל דהו מה שאין כן לרשב"א. דאם לא כן קשה האיך יחלקו רשב"א ורבנן במציאות אם יכול להכיר בטביעות עין הכלי אכפוריא. אבל בט"ע גמור לכולי עלמא מהני. ולכך התוספות ב"מ הנ"ל כתבו דקיי"ל כרבנן דלא כרשב"א דלטעמייהו אזלי דסברי דאפילו טב"ע כל דהו מהני משא"כ הרמב"ם והמחבר דס"ל דבעינן ט"ע גמור לכך פסקו כרשב"א. אמנם גם על דברי הפר"ח יש לפקפק ואכ"מ:

האמנם בכלים ישנים לכ"ע מועיל ט"ע אפילו במעט זמן בכל מיני כלים דאף אם נעשו על תמונה אחת מ"מ כשישתמשו בהם רחוק שיהיו שנים בתואר אחד ומהני בהו ט"ע אפילו בזמן קצר וזה ברור לענ"ד דאם לא כן כתת דצריך לשיעורין דהרי לא ביארו לנו כמה זמן צריך לטב"ע. וא"כ בנ"ד כיון שהעד נטפל עמו בעת נפלו בשוק ולקחוהו לצידי הדרך זמן לא כביר לפני זה שנמצא מת ואומר שמכיר את בגדיו בט"ע כמוזכר בג"ע מדוע לא נאמר דהו"ל ט"ע גמור אפי' להרמב"ם וסייעתו דפסקו כרשב"א ובוודאי הכיר הבגדים היטב. ועכ"פ להתוספות והגהמ"י וסמ"ג אפילו בכלים חדשים הו"ל ט"ע וכדאי המה לסמוך עליהם מב"ש בכה"ג במקום דחק ועיגון. וא"כ כיון דהיה להעד ט"ע בבגדיו. וגם הכובע הכירו אחרים ג"כ בט"ע גמור. א"כ לא נשאר לנו רק חששא דשאלה א"כ לפי דברי מהרי"ט בתשובה הובא בתק"ע סימן ספ"ב בקצרה דכל בגדיו לא מושלי אנשי א"כ בנ"ד היה לנו להקל מה"ט. אולם כת"ה שדא ביה כרגא מדכתבו איזה מהאחרונים דכל בגדיו לא מושלי דלא שביק נפשיה ערטילאי משמע דווקא כל בגדיו. ובנ"ד לא הכירו כל בגדיו א"ד:

והנה לפי מה שדקדקתי בדברי מהרי"ט עצמו בסימן ל"ה יראה דתליא רק באם הכירו אותן הבגדים אשר אין דרך ללכת בלעדיהן בדרך בזה לא חיישינן לשאלה דמסתמא לא שביק נפשיה ערטילאי בלתי הבגדים הצריכים לו לשנות דרכן של בני אדם. ומזה הטעם היה נראה דעת הלבוש הביאו הח"מ דבבגד עליון לא חיישינן לשאלה. משום דרוב בני אדם אין הולכים בלי הבגד עליון לשוק כן היה בזמן הלבוש. והחולקים עליו יש לומר בגוונא דמהרי"ט מודים. וסברא גדולה היא. כיון דלאחלופי לא חיישינן כמ"ש המהרי"ט שם. וא"כ מי זה ישאל לאחרים כלים ההכרחים לו וילך ללצב ולקלס בכתונת ומכנסים ומה גם ביום סגריר. וא"כ בנ"ד אשר הכירו הראק היא בגד עליון שלו והוועסטע והאלז טיכל והכובע א"כ לדעת מהרי"ט לא היה לנו לחוש לשאלה דאיך ישאיל מלבושיו אשר מתכבד בם והמה לו לכר ולכסות בלילה ועזב נפשו לבוז ולקלון ויתן לאחר כבודו. וגם על הכובע בלבד י"ל דאין חשש שאלה שייך בו כיון דאין דרכן של בני אדם ללכת גלויי הראש וכאיסור חמור נחשב אצלינו והו"ל כלים דלא מושלי אנשי וגם הפאס כתב הנודע ביהודה מה"ת בפשיטות וז"ל וזה ידוע דהפאס הוא מכלים דלא מושלי אנשי עכ"ל וכן דעת הגאון בעל קצות החושן בספר א"מ והגאון השואל וכ"כ הדר"ג בשם בעל חת"ס וכבר כתבתי דיש לצדד ולומר דפאס מקרי שאלה דיחיד כיון דנכתב הסטאטור בהפאס עפ"י דעת החת"ס א"כ ע"כ לא השאילו רק לאדם הדומה לו בתוארו וחטמו וגוון העינים והשערות ולזה לא חיישינן לדעת החכם צבי והחזיקו אחריו הרבה אחרונים. וגם יש לצרף לזה דעת הרדב"ז הנ"ל דבסימנים מובהקים לא חיישינן לשאלה אפילו משום חומר דאשת איש וידוע דטביעות עין עדיף מסימנים ואפילו כיונא דבכאן לא הוי רק ט"ע כל דהו כמו שלדדנו למעלה מ"מ הרי כתבו התוס' חולין דף ל"ו דגם ט"ע כל דהו עדיף מסימנים. ולא פש גבן רק לשיטת הב"י בתשובה דאף בכלים דלא מושלי חיישינן לשאלה אי קיי"ל סימנים דרבנן הביאו הב"ש ס"ק ס"ע והנה הב"ש הכריע דלא כוותיה ובלע"ד עפ"י מה דקיי"ל ב"ב דף כ"ד רוב וקרוב הולכין אחר הרוב. ופרכינן שם מן והיה העיר הקרובה וניזול בתר רובא דעלמא ומשנינן ביושבת בין ההרים ופירש"י אין דרך רוצחים לבא ממקומות אחרים לכאן עכ"ל הרי מוכח אע"ג דרוב וקרוב אזלינן בתר רובא דעלמא מ"מ היכא דלא שכיח הדבר ויותר מצוי לתלות בקורבא אזלינן בתר קורבא דהרי ה"ט דאזלינן בתר רובא משום דיותר מצוי למיזל בתר רובא מלכת אחרי המיעוט אבל אם אינו הווה ושכיח הרובא דעלמא אזלינן בתר קורבא דקורבא דאורייתא הוא ולכך ביושבת בין ההרים דאין דרך לבא רוצחים מעלמא אזלינן בתר קורבא וכן מוכח מהא דאפלוגי שם רב ושמואל בחביות שצפה ע"פ הנהר דקאמר רב אם נמצאת כנגד עיר שרובה ישראל מותרת ואזלינן בתר קורבא. ואע"ג דאיכא למימר מהאי קראי אתאי ושם רוב נכרים והו"ל למיזל בתר רובא דעלמא אפ"ה שרי דעיקולי ופשורי הוה מטבעי לה. ואע"ג די"ל ע"י חריפותא דנהרא אתאי כדס"ל לשמואל אפ"ה לא חיישינן לה דאין הוה ושכיח לבא דרך חריפות הנהר ואזלינן בתר קורבא והכי קיי"ל ביו"ד סימן קכ"ט. וא"כ בנ"ד כיון דלא נשמע שיחסר שום אדם מסביבות ההמה מעת אשר לקח הפאס עד אשר נמצא זה והוא זמן קצר מבלעדי זה האיש משה מבאטשאווע וידענו כי הוא הלך בדרך הזה או סמוך לה לליפקא אם ניזול בתר קורבא הו"ל למימר דזה הוא רק הא ליתא דאית לן למימר דאחר הוא ולמיזל בתר רובא דעלמא. אבל היכא דלא שכיח הדבר שיהיה מרובא דעלמא תו אזלינן בתר קורבא כמש"ל. וא"כ י"ל כיון שנמצא המת בבגדים דלא מושלי וגם הפאס לא מושלי אנשי אם כן תו אין מצוי לומר דאחר הוא מרובא דעלמא. נהי דהב"י חייש לשאלה אפילו בכה"ג מ"מ לא שכיח היא רק להב"י חיישינן אפילו למידי דלא שכיח משום חומר אשת איש. וכיון דהוי לא שכיח תו אזלינן בתר קרוב ומקרוב לא נחסר איש אחר ואזלינן בתר קורבא דזה הוא ולא החמיר הב"י רק היכא דאין קורבא המתנגד למול חששא דשאלה. ועפי"ז י"ל מה שנתקשו רבים על הב"י דס"ל דאי סימנים דרבנן חיישינן לשאלה אפילו בכלים דלא מושלי ותמהו עליו דא"כ נשארה קושית התוס' חמור בסימני אוכף למ"ד סימנים דרבנן ולהנ"ל ניחא כיון דהמוצא הכריז שמצא חמור או אבידה ולא בא שום אדם רק זולתי זה סימן הנותן באוכף א"כ בוודאי לא אבדו אחד מאנשי המקום רק שיש לחוש שמא אחד מעלמא אבדו וליזול בתר רובא דעלמא וא"כ כיון שזה נותן סימן באוכף והוא מכלים דלא מושלי א"כ אין מצוי שיהיה מעלמא ויש לתלות יותר בזה האיש הנותן סימן באוכף דאזלינן בתר קורבא בכה"ג:

והנה בכוונת הב"י הנ"ל נחלקו הגדולים הגאון מהר"מ ברבי בנו"בי קמא סימן כ"א והגאון מהר"י זצ"ל חתנו

של הנודע ביהודה הובא בנו"בי תניינא סימן ס' ס"ל דה"ע של הב"י דאפילו בכלים דלא מושלי חיישינן לשאלה אי סד"ר משום דסימן מובהק י"ל דעכ"פ אתרמויי אתרמי רק דלא שכיחא. ובכלים דלא מושלי י"ל ג"כ דמיעוט משאלי א"כ תו לא הוי סימן מובהק. דמצרפינן הכך תרי מיעוטי ומגרע את הסימן מובהק. ולכך העלו דבעב"ע דלית בי' ספיקא כלל גם הב"י מודה דל"ח לשאלה בכלים דלא מושלי ואם כן בנידון דידן כיון דיש טביעות עין בבגדיו וגם הפאס י"ל דלא שכיח כלל שיקח אחר על שם זה באותו יום אשר לקח זה האיש משה מבאטשאווע ולשני שורי בוודאי אין לחוש בכה"ג וגם ידוע וניכר אתיות ידי הסר כמ"ש כת"ה וא"כ אף לדעת הב"י לא חיישינן לשאלה. אולם הנודע ביהודה ביאר בכוונת הב"י דאפילו טביעות עין לא מהני משום כיון דסימנין דרבנן ולא מהני רק סימן מובהק ביותר וחיישינן אפילו דלא שכיחא אפילו אחד מאלף. א"כ בכלים דלא מושלי חיישינן שמא אתרמי והשאילן ולא עדיף מסימן אמצעי אשר הוא לא שכיח ג"כ רק אחד מאלף ואפ"ה לא מהני זהו ת"ד הנו"בי. והנה אף דמזה נולד לן חומרא דאפילו ט"ע לא מהני בכלים דלא מושלי מכל מקום אולי י"ל דמשתעף לן קולא ג"כ כיון דלא שכיחא כלל להשאיל כלים דלא מושלי א"כ אף להב"י לא הוי רק חומרא דרבנן כמו שצידד הנודע ביהודה דמדאורייתא אזלינן בתר רובא ויש להקל בספיקו. וא"כ כיון דר"א ספוקי מספקא ליה אי סימנים דאורייתא או דרבנן ורוב הפוסקים ס"ל כוותיה יש לצדד ולהקל בכלים דלא מושלי אולי קיי"ל סימנים דאורייתא והב"י לא החמיר רק להפוסקים סימנים דרבנן דלא כר' אשי:

אמנם דעת מהרח"ש בביאור דברי הב"י הביאו מעכת"ה וכן הביא הבגדי כהונה בשם הפמ"ש דבכלים דלא מושלי לא חיישינן כלל לשאלה רק על הסימן או הטביעות עין בכלי י"ל דלמא עוד איש אחר שיש לו גם כן כלים כאלה אשר ישנו בהם זה הסימן או הטביעות עין. רק אדם הניכר בט"ע עכל"ל לדידהו דלא אמרינן כן. והנה לפ"ז ע"כ מוכרחין אנו לומר דלא הוי רק חששא מדרבנן דאל"כ איך אבידה כלל בסימן ניחוש דלמא אתרמי עוד איש אחד אשר לו הפן כזה. ועפי"ז מיושב מה שתמהו על הב"י חמור בסימני אוכף היכא מהדרינן דהכי דלא שאילי אוכפא מ"מ ניחוש לשאלה. ולדברי המהרח"ש והפני משה ניחא כיון דלא הוי רק חששא דרבנן ומשום גריעותא דסימנין וט"ע. א"כ כיון דמחזירין אבידה מתק"ח בסימנים האמצעים אפי' אי סימנים דרבנן ק"ו בסימן מובהק ועל התורה ל"ק דמן התורה לא חיישינן כלל לשאלה בכלים דלא מושלי:

אולם הא קיימא לן דאמרינן בגיטין דף כ"ז ע"ב רבב"ח ארכס ליה גיטא ואהדרוה נהליה ולא ידע אי משום סימנא וסימנים דאורייתא או משום טביעות עין וקשה אף הי אית ליה ביה טביעות עינא מכל מקום מוכח דסימנים דאורייתא דאם לא כן יש לחוש ליב"ש אחר ואפילו במקום שאין השיירות מצויות כמו דחיישינן דלמא אתרמי אפילו בכלים דלא מושלי למ"ש הב"י. ועכצ"ל דהכי דס"ל למ"ד סימנין דרבנן חיישינן אף בט"ע דלמא אתרמויי אתרמי מ"מ היכא דכתב בגט שמו ושמה וס"מ או ט"ע תו לא חיישינן למידי אף דחיישינן בעלמא בכלים דלא מושלי דלמא אתרמי איש אחר בכלים אשר יש להם ט"ע כזה. ועפי"ז י"ל דברי הב"י בשולחנו הטהור באה"ע סימן י"ז סעיף כ"ד כתב סתמא דחיישינן לשאלה ולא חילק בין כלים דלא מושלי ובסימן קל"ב כתב במצא גט בכלי דלא מושלי ויש לו סימן מובהק או טביעות עין בכלי מחזירין. וכבר עמד על זה הב"ש סעיף קטן ס"ט ולמ"ש בדברי המהרח"ש א"ש דבגט לא חיישינן דלמא אתרמי עוד יב"ש ואית ליה כלים כאלה. כיון דבוודאי לא השאיל דהו"ל כלים דלא מושלי מה שאין כן מת המוצא בבגדים שפיר חיישינן דלמא יש עוד איש אחר אשר יש לו כלים כאלה וזהו המוצא מת וא"ש פסקי הש"ע וא"כ לפי"ז בנ"ד אף דלא ידעינן שמו מ"מ צדקו דברי מעכת"ה דפאס עם שטאטור בוודאי אין לחוש לאתרמויי אתרמי וכיון דכתבנו למעלה דהו"ל כלים דלא מושלי אכבי א"כ גם הב"י מודה ויש לצדד להקל לכל השלשה פירושים המכרים למעלה בדברי הב"י בתשובה וכמו שכתבנו למעלה:

האמנם אכתי נשאר לן לבאר דבר אחד אשר כמעט נסתרו על ידי זה כל צדדי ההיתר אשר העלינו להקל והיא מ"ש הב"ש סימן י"ז ס"ק ס"ט דדווקא אם הארנקי בבגדיו אשר לבוש בהן. והטבעת בידיו היא דאמרינן דלא חיישי' לשאלה בכלים דלא מושלי אבל אם נמצאו הארנקי או הטבעת סמוך לו לא מהני כי י"ל הארנקי היה מונח מאז ומקדם. וא"כ בנ"ד דנמצא הפאס והכובע אשר הכירו ב"ב בטביעות עין גמור וצדדנו למעלה דהו"ל מכלים דלא מושלי רחוק ממנו קצת א"כ אין לסמוך על זה. והנה דברי הב"ש טעמא בעי ולא הביא שום ראיה לדבריו. ומותיב אנפשיה מאם נמצאו פירות סמוך לכלי המוזכר בש"ס ב"מ דף כ"ה הובא בש"ע חו"מ סימן רס"ב סעיף י"ט וכתב דלא דמי להדדי ולא הבדיל בין הנושאים כדרכו היטב לקצר:

וראיתי לאחד קדוש מדבר ה"ה הגאון בעל פני יהושע בחידושיו לגיטין דף כ"ח בד"ה בין כליו ופרש"י ז"ל בביתו וכ"כ התוס' וכתב הפנ"י ז"ל הוכיחו כן מדקתני גבי כיס וארנקי שנמצאו קשור בכיס וארנקי משמע דווקא קשור אבל אם מונח הגט אצל כיס וארנקי לא מהני וא"כ היכי קתני הכא דנמצא בין כליו כשר אפילו אינו קשור אע"כ בכיס וארנקי איירי שנמצאו בשוק. ומש"ה בעינן דוקא קשור בהם אבל במונח אצלו לא מהני סימני הכיס וארנקי לענין הגט עצמו שמא הגט הוא של אחר ואתרמי הדבר שנפל אצל הכיס וארנקי של זה ככ"ל ברור וראיה לדבר דאפילו לענין ממון אמרינן כלי ולפניו פירות חייב להכריז ואפילו להחולקים היינו לענין ממון שהוא אומר בוודאי שהוא שלו מה שאין כן לענין איסור דאיכא חזקת איסור כ"ע מודו דלא מהני אלא בנמצא קשור בכיס או בין כליו בביתו עכ"ל וקיים שהאריך בתשובה לענין עגונה ולא זכינו לאורו. הרי שהראה לנו פנים מסבירות לדינו של הב"ש ומי זה יקל ראש כנגד הכך תרי אריוותא. האמנם יען כי הפני יהושע הביא ראיות לדבריו אדון כתלמיד קטן הדן בקרקע לפני רבותיו ואתו אתווכח:

הנה מ"ש הפ"י וראיה לדבר דאפילו לענין ממון אמרינן כיס ולפניו פירות חייב להכריז משום סימן הכלי והרי הם של בעל הכלי דפירות עצמן אין בהם סימן ומסוגיא דהתם מוכח כן וכ"כ רש"י להדיא בד"ה חייב להכריז בזה"ל על הכלי וינתנו המעות להבעל הכיס עכ"ל וכ"כ הב"ש בהדיא דמסוגיא זו מוכח דלא כוותיה. ומה שהביא הפ"י ראיה מדכתבו רש"י ותוס' בין כליו בביתו. ופירש כוונתם דאם לא היה בביתו צריך להיות קשור בכליו כמו בכיס וארנקי אני תמה דהרי רש"י ז"ל בעצמו ביבמות דף ק"כ ע"ב ביאר דבריו להדיא שהקשה אמאי דמשני הש"ס כיס וארנקי לא משלי אינשי לכך לא חיישינן לשאלה והקשה רש"י הרי שם איתא ג"כ נמצא בין כליו. ואמאי לא חיישינן לשאלה ותירץ דמיירי דנמצא בין כלי ביתו בתיבתו ומש"ה לא חיישינן והתוס' שם פירשו בשם ריב"ם דמיירי בכלים שאינן עשויין להשאיל. וכ"כ בש"מ ב"מ בשם הריטב"א ז"ל הרי להתוס' והריב"ם והריטב"א לא איירי בנמצא בביתו ואף עפ"כ מהני סימן הכלי להגט המונח אצלו. ובוודאי אין סברא לומר דהם יסברו אפילו בנמצא בביתו נמי ניחוש לשאלה. ורש"י דכתב דבעינן שיהא מונח בביתו היינו משום חשש שאלה לחוד וע"כ קשור בכיס לאו דווקא דהרי במתניתין בגיטין דף כ"ז איתא מצא בחפיסה או בדלוסקמא הרי זה יחזיר ולא אשמועינן חד מהפוסקים שיפרש דבעינן דווקא קשור וע"כ להפ"י קשור לאו דוקא רק ה"ה מונח בתוכו אף אנן נמי נימא קשור לאו דווקא דה"ה מונח אצלו כמו גבי פירות אצל הכלי. ומ"ש הפ"י דאפילו להחולקים גבי מעות ופירות סמוך לכלי דווקא שם שהוא אומר בוודאי שהוא שלו אני תמה הרי שם בפירות ומעות שאין בהם סימן מיירי רק שיש סימן בהכלי והכיס ואם כן איך יכול לומר שהוא שלו בוודאי וטביעות עין לא שמענו במעות ובפירות

ודוחק לומר שכוונתו שהוא טוען שנאבדו ממנו ביחד בודאי הפירות עם הכלי :

והנה בטעמו של הב"ש היה נראה משום דמוקמינן האיש בחזקת חי. ועכשיו מת ועל הכלים המלאים אמרינן כאן כמלא וכאן היו מאז וגבי אדם לא אמרינן כן דחזקה דמעיקרא עדיפא מחזקה דהשתא אבל בבגדים לא שייך לומר דמוקמינן אחזקה והשתא נאבדו. ורא"ה מפסחים דף ז' דאי לאו דשוקי ירושלים עשויין להתכבד בכל יום לא הוה אזלינן בתר בתרא. והנה לענ"ד היה נראה דהב"ש לא קאמר אלא במקום שהשיירות מצויות ואיכא רוב עוברי דרכים אבל היכא דליכא עוברים. ושנים אזלינן בתר קורבא ואמרינן דמזה האיש המת המונח כאן המה הבגדים ואפילו כנגד הרוב כמבואר ביו"ד סימן קכ"ע סי"א דאם רוב בני השכונה ישראל אף על פי שרוב העיר גוים אזלינן בתר רוב בני השכונה. וכתב שם בש"ך ס"ק כ"ז אע"ג דרוב וקרוב הולכין אחר הרוב אפילו בקורבא דמוכח כדלקמן סי"ז שאני הכא כיון דנמצא בתוך השכונה גופא וכ"כ הרשב"א במ"ה סוף שער ד' בהדיא עכ"ל והוא מדברי הרמב"ן בסוגיא דרוב וקרוב גבי עגלי דמלכעי דמקומו מוגם שאני. וא"כ ה"ה בכה"ג אם לא שכיחי שיירות לעבור דרך שם אמאי לא נימא דהבגדים המה מהקרוב הנמצא מת. ואם כן בנ"ד כיון דנמצא ביער רחוק קצת מהדרך בודאי תלינן דהבגדים המה ממנו. והב"ש כתב דלא דמי לכלי ולפניו פירות דאי ליכא איזה הומוכח שהפירות המה מעלמא יתכס לבעל הכלי ולא ביאר לן מדוע לא דמי להדדי. ונלע"ד דדווקא התם אי לית להכלי אוגנים או אם המה אגודה אחת אמרינן בעת שנפל הכלי ממנו גם אז נפלו הפירות לחוץ סמוך להכלי מה שאין כן במת או נהרג. הלא בעודהו חי בודאי לא פשט בגדיו והניחם. ואחרי מותו מי זה יפשיטם ויניחם שם ועכצ"ל שאבד הבגדים בעודו חי. א"כ יש לנו לומר ג"כ שאבד הבגדים ואזיל לעלמא ועודנו חי. וזה ברור לפענ"ד בכוונת הב"ש. וראיתי בנודע ביהודה מה"ת סימן כ"א לבן המחבר ע"ד הב"ש הנ"ל דחיישינן לאבידה וסותר דעת עצמו דלא חיישינן לאבידה יע"ש. ודבריו לא נהירין כלל לפענ"ד כיון דע"כ נאבד ממנו מה לי מחיים או לאחר מיתה אם לא שיש איזה רגלים לדבר לתלות לאחר מיתה יותר מבחיים והנלע"ד כתבתי ועיין בקצות החושן סימן רמ"ב. וא"כ בנידון דידן על הכובע י"ל שנפל ממנו ומעל ראשו בעת שבא עליו החולי ונפל שדוד כדרך בעלי החולי הזה ומת שם וגם על הפאס יש לומר כיון שאדם עשוי למשמש בכיסו אולי החזיקו בידו ונפל ממנו בעת ההוא ומה גם כי המקום אשר נמצא שמה הוא ביער רחוק קצת מן הדרך אשר אין עובר ושב שמה. ויש לומר כי בודאי ממנו נפל וגם סברת מעכת"ר נכונה מאד כי יש לומר כי הגוים אשר חפשו באמתחתו לקחת הנמצא אתו דהרי נראה בעליל שחסרו הבתי רגלים והרצועות יש לומר שלקחו הפאס וראו שאין חפץ בו הניחוהו שמה. הרי שלקנו כל יתדות הדרכים אשר בהיתר עגונה זו הרכה בשנים ויש לחוש הרבה לתקנתה וחלילה לסמוך עלי זולתי אם יראה הד"ג ראוי ונכון להתירה. וה' יראינו נפלאות בתורתו. גיסו כאמנו דוש"ת בלונ"ח כל הימים :

הק' לבי ו:ייס

הגהות שנמצאו על הגליון ש"ע אה"ע מאת כבוד הרב הגאון המחבר ז"ל בכתיבת ידו:

סימן ד' בית שמואל ס"ק ח' הוולד מלרי משום שמוכית כשרה וליכא פגם שכיהס והרי יש קדושין ויש עבירה. כ"ב ולא הבינותי דהרי קהל גרים לא אקרי קהל ומאי יש קדושין ויש עבירה איכא והול"ל דבאמות הלך אחרי הפגוס שבשניהס וכן איתא בקדושין ול"ע.

סימן ו' ב"ש ס"ק ע"ז בתוך הדיבור ולרבא אין לוקין כ"ב עיין בתוס' בכורות דף י"ד עמוד ב' שכתבו דרבא ס"ל דלא הוי גילוי מלתא ומיושב מה שהקשה הבית שמואל להרמב"ס :

ב"ש ס"ק ל"א בתוך הדיבור ושהוולד כשר לקהל כשר כמי לכהן כ"ב עיין תשובת רמ"א סימן כ"ג וכ"ד :

סימן י' בח"מ ס"ק ו' ד"ה עיין ב"ח כתב שהטור השמיט דין זה כ"ב ואולי דעת הטור כדעת הראב"ד בספר הזכות סימן ג' דהך סוגיא קאי לל"ב עיין שם :

שם ס"ק י"א בב"ש כתב הב"ח וכו' כ"ב יעויין בחידושי הר"ן בגיטין שתירץ זה :

סימן כ"ז ב"ש ס"ק ג' ואם אמר טלי קדושיך מעל גבי קרקע כ"ב ועיין תשובת מהרי"ל סימן ע"ח שכתב דלא הוי קידושין :

סימן כ"ח ב"ש ס"ק מ"ד בתוך הדיבור דהא קי"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש כ"ב יש לתמוה דהא התם רבא הוא דאמר הכי והוא ס"ל דיאוש שלא מדעת הוי יאוש ויש לקיים דבריו דזה דומה לדבר שיש בו סימן דאף לרבא לא הוי יאוש. ואולם כלפענ"ד בדעת רש"י והר"ן וגם התוס' דהסוגיא קאי למפרע אבל להבא כהי דמשום כסופא אמר קני מהשתא ומ"ש הב"ש דלמר זוטרא דלא אכיל נראה דלא קשה דכיון דאיהו משום כסופא אמר לא רלה מר זוטרא לאכול משום אל תלחם לחם רע עין כדאיתא ריש חולין :

סימן נ"ו ח"מ ס"ק ד' בתוך הדיבור ור' נחמן בר יצחק אפשר דס"ל כ"ב לדעת הרי"ף והרמב"ס הובא בח"מ סימן רכ"ד קאי הך דר' נחמן בר יצחק דמוקי מתניתין אף לקידושין אף למסקנא עיין במאור ור"ן שם :

סימן ע"ז ב"ש ס"ק כ"ז בתוך הדיבור וכתב הט"ז הא דמוליאין ממנו וכו' כ"ב עיין שבות יעקב ח"א סימן ק"מ דפליג על הט"ז ומביא ראיות דגם קודם הנגע מוליאין ממנו כדוכיתה ואף כי נראה מדבריו שלא ראה דברי הט"ז בחיבורו מ"מ המעיין בדברי הט"ז יראה דהמהרש"ל בתשובה והרנ"א והח"מ פליגי עליו דהרי הוא כתב כן ליישב דברי המרדכי והם כולם כתבו דרכים אחרים ליישב וגם גוף הדבר תמוה שאם מטעם לא ניתן לגבות קודם הנגע באנו לומר דאין צריך ליתן קודם הנגע אם כן אמאי מועיל תפיסה אע"כ תקנת דינא דמתיבתא ליתן לה מה שהכניסה :

ב"ש ס"ק ל"ג ארוסה שאינה רולה וכו' והנה אם היא מבוררת וכו' כ"ב לפי מה שפסק כהט"ז דקודם הנגע אין לה כלום אף בטענה מבוררת אא"כ תפסה המ"ל דמיירי בטענה מבוררת כמובן :

סימן צ"ו ב"ש ס"ק א' בתוך הדיבור ונראה כ"מ וכל"ב וכו' כ"ב עיין ברא"ש ריש ב"ב סימן ט' דלהכי חיישינן ללררי משום דהוי תנאי ב"ד ואא"כ הביא בשם ריצב"א דחיישינן שמא התפיס לה ללררי סמוך למיתה וכתב הרא"ש דלהך שנויא ניחא קושית הר"י מהך דנפל הבית עליו ועל אשתו ולהאי שנויא ניחא ואם כדברי הב"ש דכ"מ וכל"ב דכיון דליתנהו בתנאי ב"ד לא חיישינן לדעת הרא"ש א"כ אף לשינויא קמא ניחא דהא התם על נכסי ל"ב קיימינן :

סימן ק"ג ב"ש ס"ק א' בסוף הדיבור ואז לריכה למכור כדי כל הכתובה שתפסיד המזונות כ"ב

לכתובה

לכאורה נראה דאף כשמגיע לה מזונות איכא צריך למכור כדי כל כתובתה דהרי אף אם תמכור קצתה יש ריוח להיתומים שיוכלו לסלקה בעל כרחה :

ב"ש ס"ק ג' בתוך הדיבור גם י"ל הריטב"א לא הכריע סברא זו כ"ב המעיין בש"מ במה שכתב בשם הריטב"א במתני' יראה שהכריע כן. אולם בתוס' דף ל"ו ע"ב ד"ה אלמנה ושם ד"ה מכרה משמע דס"ל דתוספת מוכרת ג"כ שלא בב"ד ואולי על זה סמך הרמ"א ז"ל :

סימן ק"ז ב"ש ס"ק ע"ו בתוך הדיבור ואפשר אפילו לר"א לא מהני חזקת הגוף וכו' כ"ב ולא הבינותי דהכתי איכא נ"מ טובא בין רבא לרב אשי בכל המומין הנבדקין דלרבא כשנכנסה לרשות הבעל על הבעל להביא ראיה שעד שלא נתארסה היו בה מומין אלו ולרב אשי אין צריך להביא ראיה שהיו בה מומין אלו בעודה ארוסה ונולד הריעותא בעוד הכתובה של אביה ואף אח"כ לא מהני חזקת הגוף ואין לומר דהב"ש סובר דאף לרב אשי איכא הכי תרי חזקה דאם כן לא מקשי אח"כ כלום :

סימן ק"ל ב"ש ס"ק כ"ט בתוך הדיבור ולא שייך מ"מ הנ"ל אלא אם גירש על ידי חתם סופר ועד וא' ע"י אמרו לסופר ויכתוב ואתם חתמו כ"ב וצ"ע להרשב"א וסייעתו דאע"ג דכשר ולא תעשה מ"מ צריך לפסול למסקנא חתם סופר ועד וא"כ אף באמרו לסופר ויכתוב ואתם חתמו מ"מ כשר ולא תעשה וממילא דפסול מדרבנן ואפ"ה חתם סופר ועד פסול :

סימן קל"ט ב"ש ס"ק יו"ד בתוך הדיבור והא דקיי"ל כרבנן וכו' כתוב בא"ר דל"ד לדין זה וכו' כ"ב תימא דהא בעינן לענין שבת הנאה ממש וברשב"א מפורש להיפך ורק לענין גט מחלק בכה"ג יע"ש :

סימן קמ"א ב"ש ס"ק י"ב בתוך הדיבור ונראה דמוכח כן מדברי הרי"ף דפוסק כרב חסדא כ"ב דברי הב"ש סתומים ונראה שהבין דראיית הרי"ף מהא דפריך על מתני' וליהמנא לשליש וצ"ע דמשם אין ראיה לפסוק כרב חסדא דאם אין על רב הונא קשיא איך יפרוך ויקשה עליו ומה זה ראיה לפסוק כר' חסדא. אמנם ראיית הרי"ף מהא דפריך על ר"י דאמר בבעל אומר לגירושין ושליש אומר לגירושין והיא אומרת כתן לי ואבד אין דבר שבערוה פחות משנים ופריך וליהמנא לשליש מזה הביא הרי"ף ראיה שפיר דאם אין הלכה כרב חסדא אמאי פריך וליהמנא לשליש דלמא ס"ל לר"י כרב הונא וכן הוא בהדיא ברי"ף ור"ן וא"כ מה זה שכתב הבית שמואל מתניתין דאין הבעל לפנינו שמא יבוא ויכחיש דהרי הוא לפנינו ומודה ובאמת השיג הרא"ש והרז"ה על הרי"ף דבשניהם מודים לא פליג רב הונא וצ"ע וכנראה דגם לקמן בסעיף קטן ע"ו גרס זה להב"ש דקאמר להרי"ף מוכרח דאין מחלק בין עיר אחת לשני עיירות היפך ממ"ש הר"ן להדיא אליבא דהרי"ף :

ב"ש סעיף קטן ע"ו בתוך הדיבור אם כן אתי שפיר אף אליבא דר"ה וכו' ע"ש כ"ב עדיין קשה דמאי פריך תלמודן דלמא מיירי ר"י בעיר אחת. אמנם אם היה ראיית הרי"ף מהא דפריך תלמודן על מתני' היה ראייתו של הב"ש נכון אמנם אין ראייתו רק מדברי ר"י וכמ"ש לעיל בסעיף קטן י"ב וצריך עיון :

בטור סימן קכ"ח דפוס ווינן דף ק"ה עמוד ד' בב"י וז"ל הרי דכל שהוא חוץ לעיבורה של עיר אם הם מסתפקים ממנו לכל תשמישן כ"ב לפי גירסא זו בב"י נראה שהוא מפרש כדעת מהר"ם פדווי בסימן ה' וא"כ צריך להוסיף בדברי תשובה וצ"ל כמו שהוא שם בתשובת מהר"ם וז"ל נהר שהוא חוץ לתחום שבת איך כותבים בגט אי מסתפקים וכו' ולפי לשון זה יש לפרש פירושו של מהר"ם יעיין שם וקצת צריך עיון על הגט פשוט שהעתיק גירסא שלנו וכתב שמפרש כפירוש מהר"ם ואולם עוד כתב הגט פשוט שיש להגיה בב"י אם אין מסתפקין :

שם בטור סימן ק"ל דפוס ווינן דף ק"ט עמוד ב' בב"י וז"ל ומ"ש רבינו כגון שחתמו בשני שיטין קאי בין לסוף דבריו ובין לתחילתן לתת מציאות האיך יהיו שמותם תחת הגט כ"ב צ"ע דאיך יקרא זה חותם בשני שיטין ונראה דהטור לא בא אלא לתת מציאות לשני עדים עיברים שיהיה שמם תחת השמאלי ושם אביהם תחת ימיני ולזה כתב שחתמו בשני שיטין ולא קאי הטור אלא לסוף דבריו ויעויין ברש"י ומהרש"א שם הציור :

סימן קמ"ב ב"ש סעיף קטן כ"ד סוף הדיבור ויש לחלק כיון הבעל לא עשה הב"ד שלוחו אלא על ידה הוא מלוה כ"ב עיין תשובת מהר"י טראני סימן ל"ה בחלק ראשון ובתשובת רא"ש חאה"ע סימן ד' דף ל"ד עמוד ב' ועמוד ג' שם :

סדר הגט אות כ"ב כתוב שם אוכל לו אלע דאם ער ווערט גיס ווייזן וכו' כ"ב ולך ב"ש סימן קכ"ב סעיף קטן ג' :

סימן קנ"ה בית שמואל סעיף קטן כ"ג תחילת הדיבור אם הביאה ואם לא הביאה וכו' כ"ב עיין תשובת שבות יעקב חלק שני סימן קכ"ט :

סדר חליצה אות ס' כתוב שם ישאל הרב ליבם אם הוא איטר ברגל ימין כ"ב עיין תשובת שבות יעקב חלק שני סימן קכ"ט קמא :

סימן קס"א ב"ש ס"ק ז' סוף הדיבור ואם לגדול אשה אז חליצת קטן עדיף כ"ב עיין בתשובת פרח מטה אהרן ח"ב סימן מ"ח

סימן קע"ג ס"ק י"ב תחלת הדיבור עיין ב"ח ע"ש עד סוף הסעיף כ"ב. ולפע"ד צ"ע דהרי לדעת הראב"ד הסוגיות חלוקות ולפי סוגיא דסוטה צריכה חליצה אפי' סוטה עצמה כיון דצריכה גט מבעלה ומעתה אם חלצה צרה אז היא מ"מ מותרת דלסוגיא דיבמות לא היתה צריכה חליצה כלל ולפי סוגיא דסוטה הרי לא קנשה זיקה ולא מקרי חליצה פסולה והיינו בסוטה ודאי ודברי ב"ש צ"ע לפע"ד :

סימן קע"ד ס"ק ד' ב"ש סוף הדיבור ועיין ב"י סס"ק כ"ב אולי צ"ל סוף סימן י"ז עיין בב"י שם וכן בש"ע וב"ש :

בעזרת האל העוזר .
אשר בחיל ובעוז נאזר .
נשלם חלק אבן העזר :

השמטה לחלק יורה דעה:

לה"רב המאור הגדול חריף ובקי. זך ונקי. כש"ת מוה' שבתי כ' אב"ד דק"ק פעטשי ניידארף:

הנה התאמצתי לדרוש בשלומו ביום שמחת אפריונו ולברכו בשמו ביום ההוא אך כי מכאובי בע"י גרם לי הפסקות רבות וידעתי כי לא יגיע מכתבי אליו רק אחר הנישואין מ"מ לא החדלתי מעשות כן ואולם לישא וליתן בדברי תורתו א"א ועם כל זאת אמרתי לכתוב דברים מעטים לכבודו הרמה. הנה סברת מו"ר הגאון זצ"ל בחת"ם חלק יו"ד סימן כ"ה דנהי דאמרינן דבהמה בחזקת שאינה זבוח עד שיתברר שנשחטה כהוגן מ"מ כל שנעשה השחיטה כהוגן והספק בניקב הוושט סמכינן ארובא כמו בכל הטריפות יע"ש הסברא הלזו קיימתי מנפשי גם בטרם בוא ספרו לידי והיה נראה בעיני להוכיח כן מדפסק הרמ"א בסימן כ"ה כדעת הקובצים דאין צריך לבדוק אחר שמוטה והיינו כמ"ש הש"ך שם משום דל"ד אם לא בדק אחר שחיטת רוב הסימנין דאסור דהתם בהמה בחייה בחזקת שאינה זבוחה קיימא משא"כ הכא עכ"ל הש"ך וכ"ה בתשובת הרא"ש שם דא"צ לבדוק מטעם זה אחר שמוטה הרי אע"ג דאם היה הסימן שמוט היה השחיטה פסולה מ"מ א"צ לבדוק אפילו לכתחלה על כך משום דלאו בחזקת סימנים שמוטים עומדת וה"ה דלאו בחזקת נקובת הסימנים עומדת ולא מיקרי ספק נקובת הוושט חזקת שאינו זבוח כמו שמוטת הסימנים ופשטות דברי הר"ן שהשיג על רבינו יונה משמע דס"ל ג"כ דא"צ לבדוק אחר שמוטה אפי' לכתחלה ודלא כמ"ש הש"ך שם לפרש דברי הר"ן ואולם קצת נראין דברי הש"ך כי גם האומרים כי צריך לבדוק אחרי שמוטת הסימנים היינו משום דשכיח להשמט והוי כמו בדיקת הריאה אבל גם לדעתו אין כאן חזקת איסור שא"ז עוד נראה להביא ראיה לזה מדברי הרשב"א והר"ן שכתבו על הך בריית' ספק אם נשמטה קודם השחיטה זה הי' מעשה ואמרו כל ספק בשחיטה פסול דיש ללמוד מזה בספק נשמט הגף או נשברה הרגל בספק אם קודם או לאחר שחיטה דאסור וקש' איך למדו ספק טריפה מספק שמוטה דאם נשמט קודם שחיטה היתה נפסלה בשחיטה ובכלל איסור שא"ז מה שאין כן בשאר ספק טריפות אע"כ דגם לענין שמוטה כיון דרוב בהמות בהמות כשרות ושלמות אין כאן חזקת איסור שא"ז כלל לענין שמוטה וה"ה לגבי נקב בוושט והש"ך בסימן נ' ס"ק א' נראה שהרגיש בזה איך למדו ר"י והרשב"א והר"ן מספק שמוטה ספק נשמט הגף וכתב דהיינו משום דמסתמא כל ספק דאורייתא לחומרא וכל מעיין יראה שהם רוצים להביא ראיה מכאן ולא שיאמרו מסתמא אמנם לפי הסברא דכל שאין הספק מכח מעשה השחיטה אין כאן חזקת אינו זבוח שפיר איכא למילף מספק שמוטה לנשבר הגף וכי"ב. וכלפענ"ד דלא שייך כאן חזקת איסור שאינו זבוח דזה הוי חזקה דמעיקרא בלבד וחזקה זו דאין סימנים שמוטים הוי חזקת הגוף דכיון דרוב בהמות אין סימניהם שמוטים הויא חזקה דאתיא מכח רובא ומקרי חזקה מבוררת וכמ"ש הראשונים בסוגיא דרובא לענין גבינות בשם הר"ש וכיון דחשיב חזקת הגוף אין חזקת שא"ז כלל לעומתה וכעין שכתבו התוס' בכתובות דף ע"ה ע"ב סד"ה אבל דחזקת פנויה לא חשיבא כלל לעומת חזקת הגוף ולדעת הראשונים דכל ספק שקול מוקמינן אחזקה ושריא. לכאורה מוכח דס"ל דספק שמוטה מטעם חזקת שאינו זבוח אסור ואם הם ז"ל סוברים כדעת התוס' בסוגיא דרוב דגם לדידן דקי"ל דאזלינן בתר רובא אפ"ה החלב והגבינות אסורים למפרע אם נמצא טרפה ודאית ולית להו הא דר"ש ניחא אבל כמה מן הגדולים שכתבו דלדידן דאזלינן בתר רובא ויש חזקה מבוררת לכולן ואפ"ה כתבו להתיר בספק שקול וספק שמוטה וודאי אסור וא"כ מ"ש ספק שמוטה מספק נשמט הגף ונראה דמה טעם הגדולים שכתבו שצריך לבדוק אחר שמוטה מטעם דשמוטה שכיח כמ"ש הש"ך בסימן כ"ה ולכ"ע מוכרח הוא דכיון דס"ל להקל בכל ספק שקול מפני חזקות כשרות א"כ ע"כ חומר השמוטה בספיקו היינו משום דשכיח ויש ראיה דגם לענין שמוטה איכא חזקת כשרות מן הירושלמי שהביא בנקודות הכסף בסימן י"ט דר' יוסי בר פפא סובר דאין מברכין על השחיטה עד שישחט שמא תתנבל בשחיטה מעתה עד שיבדוק בסימנים הזקת בני מעים כשרים ע"כ הרי דאף לענין קלקול הסימנים אמרינן חזקת ב"מ כשרים וצ"ע על הש"ך שם בס"ק ב' שכתב דמן זה הירושלמי משמע דלא כהסוברים דגם אם נולד בבהמה סימני טרפות דיש לברך מפני שמטהרה מידי נבלה והרי הירושלמי מקשה מן הסימנים דאם יולא בהן קלקול לא תטהרנה שחיטתו ומנה שתירץ חזקת ב"מ כשרים הם וודאי אין הכרח:

היוצא מכל זה דלפענ"ד הן לענין ספק נקב בוושט והן לענין שמוטה כיון דאיכא חזקת הגוף דשלימה היא אין כאן חזקת שאינו זבוח ואולם כל זה לענין שכחוש שמא אירע ריעותא בסימנים. אבל אם שחט ולא נודע אם בסכין בדוק או פגום שחט לא יתכן לומר דמפני חזקת הגוף נשחט בסכין חלק ויפה ולא קרע בסימנים כי אולי בסכין פגום שחט וקרע ובזה וודאי איכא חזקת שא"ז דעיקרה כמ"ש הרשב"א בחידושיו ביבמות דף ל"ד דאין לה היתר כי אם ע"י מעשה שמוטה וכל עוד שאין יודעין בבירור שנעשה המעשה הוי בחזקת שא"ז וכל שאנו חוששין שמא לא נשחט כדינו הן בהלכות שחיטה והן בפגימות הסכין אפילו מן הלדדין עכ"פ אין כאן חזקת היתר כלל ולא דמי לספק נקב או לספק שמוטה שיש כאן חזקת הגוף כנלענ"ד: דברי ידידו דוש"ת

הקטן מאיר א"ש

סימן א

ישא הרים שלום חיים וברכה עד עולם לאהובי בני הרב וכו' מהו' מנחם נ"י אבדק"ק חוסט יע"א:

נעימות ימינך הגיעני וב"ה כי באת לחיים ולשלום למקומך יוסף ה' בחסדו לחזקינו ולאמצינו לתורתו ולעבודתו יפלנו ויצילנו מכל רע ובסתר כנפי חסדו יגן בעדינו וכעבדיהו באמת ובתמים בלי מונע ומבטל אמן כן יאמר ה':

יפה תמהת על הש"ך סימן א' סעיף קטן ב' על מה שכתב השו"ע דדברים שאינם מצויים אף על פי שיש בהם חסרון כיס אין דנין אותם. אלא מומחים כגון בהמה שחבלה בחברתה והביא הש"ך בשם המהרש"ל ד"ה דה"ה נזיקין דאם שור יע"ש וקשה דהרי לקמן סימן ת"י סעיף ל"ז הביא המחבר מחלוקת בשנים שהזיקו ומן אחד אינו יכול להשתלם וכתב וז"ל ולפי זה שור שדחף לבהמה בבור האידנא אינו משלם אלא ג' חלקים אף על פי שהשור פטור אף מהרביע שהרי אין דנין דיני קנסות אין בעל הבור משלם אותו בשבילו עכ"ל יע"ש. והנה לדברי מהרש"ל מאי חילוק יש בין דיני השור ובין דיני הבור דכמו שאין אנו דנין דיני שור שהזיק בהמה משום דלא שכיח כן נמי אין דנין דיני בור וקצת יש לדחות דהרי ע"כ אם אין אנו דנין דיני בור בזמן הזה לדעת הש"ך א"כ למה איכפל הטור והש"ע לכתוב דיני בור וע"כ משום דנ"מ אם תפס דלא מפקינן מיניה א"כ גם בהך דסעיף ל"ז אם תפס מן בעל הבור אינו יכול להשתלם רק ג' רביעי נזק לא כולו. וכפי מה שכתב הקצות החושן בסימן א' דיש לחלק בין דיני קנסות וממש לגזילות וחבלות דדיני קנסות וממש אין הנתבע חייב לצאת אפילו ידי שמים דכל שלא חייבוהו ב"ד מומחין אינו חייב כלל ואין צריך לצאת ידי שמים כדאיתא בירושלמי ספ"ג דכתובות (וקצת קשה דהאיך פשוט לכל דיני קנסות ומעבדו של ר"ג דהתם שאני דאם אינו חייב אינו רשאי להוציאו דעובר על עשה דלעולם בהם תעבודו ומנ"ל לשאר דיני קנסות וי"ל) וא"כ יש לומר דהך דסי' ת"י מיירי לענין אם רוצה בעל הבור לצאת י"ש כמה הוא חייב ליתן לו וזה מדוקדק יותר בלשון הטור והשו"ע דהאידנא אין דנין דיני קנסות ועכ"פ חידוש הוא שלא העירו הש"ך והקצות החושן מזה. ישיב ה' את שופטינו כבראשונה ויחזו עינינו במהרה בנחמות ציון וירושלים דברי אביך המעתיר בעדכם כל הימים: הקטן מאיר א"ש

סימן ב

להרב הגאון הגדול מהו' יחזקאל אב"ד דק"ק א"ד :

הנה באתי להשתעשע את הדרת חכמתו בהא דבדק לן מר והקשה על הר"ן בשבועות הדיינים שכ' דהגאונים פסקו דאין הלכה כראב"י שם דאע"ג דמשנתו קב ונקי כי הוא יחיד במקום רבים ותמה מעכ"ת דהרי ביבמות דף ס' מבואר דאף במקום רבים משנתו קב ונקי וכבר כתבתי דכיוצא בזה השיג הרא"ש בביצה על הרי"ף במאי דפסק בפ"א כרבנן באפרוח שלא נפתחו עיניו. ולפ"ז עכ"פ דברי הרי"ף במאי שכתב דקיי"ל כראב"י בשבועות משום דמשנתו קב ונקי צ"ע האמנם דמדברי הרי"ף בא"ע אין קושיא דאיכא למימר דטעמו כמ"ש הר"ן משום דרב ור"י קיימי כרבנן. מ"מ יש להוכיח מדברי הרי"ף במ"ק דסובר דאין הלכה כראב"י נגד רבים כי שם במ"ק דף ו' ע"ב אמר ראב"י דמושכין מים מאילן לאילן וכתב הרי"ף שם דאע"ג דהוי יחיד נגד רבים מ"מ הלכתא כוותיה כיון דאמוראי פסקו כוותיה משמע דבלא"ה לא הוי קיי"ל כוותיה וכ"כ הרא"ש שם. (וראיתי על הגליון שם נדפס הגהה בשם קרבן נתנאל העיר על הרא"ש מהך דאפרוח ואין זו קושיא דכיון דאין כאן נ"מ לדינא העתיק דברי הרי"ף כדרכו וגדולה מזו כתב הש"ך בח"מ סימן ל"ע ס"ק ב' לדעת הרא"ש שכ"כ) והתוס' יו"ט בערובין פ"ח משנה י' ד"ה וחכמים אומרים דייק ג"כ מהך דהרי"ף והרא"ש במ"ק דכלל זה אינו כלל גמור ועכ"פ קשיא דדברי הרי"ף סותרין בהא דשבועות להך דמ"ק ודוחק לומר דגם בזה יש חזרה מילדותו לזקנותו :

ואולם י"ל עפ"י מה שעמדו על החקירה איך יתכן לאמר לפסוק כיחיד במקום רבים הלא רובא דאורייתא מאחרי רבים להטות וכתב מהר"ם בן חביב בסוף סדר גט פשוט בכלל ה' כתב דהא דאמרינן רובא דאוריית' היינו דוקא כשנחלקו בשעת מעשה הולכין הפוסקים אחרי הרוב. אמנם אותו הדין והפסק אינו נשאר קבוע לעולם שלא יוכל לדורות ב"ד אחר לפסוק היפך אותו פסק וכ"כ רמב"ם ריש פ"ב מהלכות ממרים. ובאמת שאין כ"כ ראיה מדברי הרמב"ם שם דאיכא למימר דאינו מחלק בין גזירת חכמים לדרש באחד מן המדות רק דבגזרת חכמים אינם יכולים לבטל אא"כ הם גדולים בחכמה ובמנין ובאחת מן המדות שהתורה נדרשת בהן אם נראה להם היפך הב"ד שלפניהם פורשין כפי דעתן אך מ"מ עכ"פ צריך שיהיה הב"ד האחרון לכל הפחות כמותו במנין. ואולם סתימת לשון הרמב"ם משמע כדבריו וכן שיטה ושיטת מהר"ם חביב ז"ל כמה פעמים בכלל זה דדוקא בשעת מעשה אמרינן הכלל דרובא דאורייתא מאחרי רבים ולפי רהיטא היה נראה בעיני דהש"ך בסימן רמ"ב פליג עליו דהרי הפליג הש"ך שם בהוראות או"ה והרבה לתמוה על מה שנראה מדברי הב"ח דאף ביחיד נגד רבים יש לסמוך באיסור דאורייתא בהפסד מרובה ותמה הש"ך דהרי רובא דאורייתא וכי מפני הפסד מרובה יעקר דבר מן התורה ולדברי מהר"ם הנ"ל אין כאן תימה כ"כ שהרי כלל דרובא דאורייתא אינו רק בשעת מעשה. ובאמת הגט פשוט בכלל ו' אף שחולק על הש"ך בכוונת הב"ח ואומר דלא אמר הב"ח מעולם לסמוך על היחיד בדאורייתא במקום ה"מ קיים שם. ומ"מ לא נכחד דגם באיסור דאורייתא אשכחן בכמה דוכתי דפוסקים האמוראים כיחיד במקום רבים ודקדק שם מדברי הראב"ד בפ"ג דעדיות דאף בשעת הדחק יש לסמוך באיסור דאורייתא על היחיד והיינו מטעם דלא אמרינן רובא דאורייתא רק בשעת מעשה רק שקיים שם דכל זה לא היה רק לאמוראים וע"ש אבל אני ראיתי בתשב"ץ ח"ג דף י"א ריש עמוד ב' אחרי שהעלה שם דכללים שאמרו לנו דהלכה כפלוני לגבי פלוני אינו רק בדברים הנוהגים ולא בהלכתא למשיחא כתב וז"ל אבל לפסוק כרבים נגד היחיד דהוא מצוה מן התורה שנאמר אחרי רבים כו' בלי ספק שיש לשמור זה הכלל בהלכתא למשיחא עכ"ל הרי להדיא דכלל זה אפילו בשעת מעשה הוי מצוה מן התורה כדעת הש"ך :

ולפענ"ד נראה דפשר הדברים יש ללמוד מדברי הרשב"א שהביא הב"י בח"מ ס"ס י"ג שכתב דלא לילך אחרי הרוב רק דאם רבו המזכים על המחייבים מתוך מו"מ של כולם אבל כשהמיעוט איננו שם לא מהני שנאמר שם אלו היה שם היחיד החולק אולי היה מראה טעם להיפך וידין הרוב בכך את"ד ומעתה אין תימה אם אמורא פוסק כיחיד נקרא דאחרי רבים מאחרי שאינו פוסק כן רק מפני שיקול דעתו שהכריע כן יש לנו לומר אולי אם היה הרבים שומעים דבריו והסכימו לדעתו ורק מפני שלא נשאו ונתנו עמו הסכימו כן (ובזה מובן ההפרש שבין דעת האמוראים ובין דעת רבותינו הפוסקים) ולפ"ז דברי הש"ך בסימן רמ"ב נכונים דוודאי אם פוסק האמורא בשיקול דעתו כדברי היחיד שייך לומר כדברינו אבל אם אין שיקול דעתו מכריע כהיחיד רק מפני ההפסד מרובה או שעת הדחק רוצה לסמוך על דברי היחיד בזה אין הפרש בין שעת מעשה ובין שלא בשעת מעשה דלעולם רובא דאורייתא וכדברי התשב"ץ. ואם כן איך אפשר לעבור על דבר תורה מפני שעת הדחק או ה"מ. ואפשר שגם מהר"ם חביב דעתו כן כי גם הוא הביא דברי הרשב"א הנ"ל ועוד להקת הפוסקים הסוברים כן (עיין בח"מ סימן י"ח בסמ"ע שם ס"ק ד') אבל לשונו בכלל ו' לא משמע כן והנה לדברינו הא דמלינו דבפוסקים בפרט הב"י שמכריע

באיסור דאורייתא כרוב הפוסקים בלי ראיה וסברא רק בתרי מגו תלתא עמודי ההוראה כנודע. והרמ"א מביא שם גם יתר הגדולים למכין ומ"מ הולכים אחר הרוב בין למר ובין למר והרי לא נשאו ונתנו החכמים זע"ז כמה פעמים לא שמעו סברתו כמו אם הב"י פוסק כדעת הרי"ף והרמב"ם לעומת הרא"ש וא"כ ע"כ אין זה מטעם רובא דאורייתא כדאמרן רק הטעם ע"כ דסברא שהסכימו עליו היא אמיתית יותר וכיוצא בזה אפשר לקיים דברי הרא"ש דיוכל לסמוך אפילו ביחיד לגבי רבים דכיון דלאו דאורייתא היא אחרי שלא נשאו ונתנו זה עם זה ניקום הסברא כרבים דמן הסתם סברת רבים אמיתית ונכונה ויעיין בתומים בקיצור ת"כ ס"ק קכ"ב וקכ"ג יש לדון בדבריו ג"כ מהך דתשב"ץ ועוד נוספות ואין להאריך:

מעתה שמעינן בהך כללא משנת ראב"י קב ונקי. דכתבו התוס' בבכורות דף כ"ג ע"ב ד"ה משנת ראב"י דאע"ג דבכמה מקומות פסק כראב"י ורב גופיה פסק כוותיה בסבא על יבמתו היינו משום דלא מסתבר טעמו ולכך הוצרך לפסוק כוותיה למדנו מדבריהם שיש בדברי ראב"י דברים שאין הלכה כמותו מפני שטעמו אינו מסתבר וכ"כ הרא"ש בהלכות טומאה סימן ע"ו אע"ג דקי"ל משנת ראב"י קב ונקי. ואפילו יחיד כנגד רבים כדמוכח בהבע"י ואפ"ה לא דחינא מימרא מפורשת דר"ח אמר רב מכללא דמשנת ראב"י קב ונקי הא לרבי גופיה אית ליה הך דמ"ש ראב"י קב ונקי והכי לא ס"ל כוותיה כו' אלמא לא מסתבר כוותיה עכ"ל. ומעתה אם ידענו דמסתבר טעמו בוודאי הלכה כמותו אפילו לעומת הרבים ואע"ג דרובא דאורייתא היכא שנחלקו פה אל פה. מ"מ הרי הבאים אחריו קבעו הלכה כמותו היכא דמסתבר טעמו ויש לאל ידם לעשות כן. והיכא שאין רבים חולקים עליו אף שאין להכריע מצד דמסתבר טעמו מ"מ יש לפסוק כמותו וכאמור שאחרי שהעידו רבותינו דמשנתו קב ונקי הלכה כמותו דוודאי מסתבר טעמו אבל היכא דרבים חולקים עליו ואין בידינו להכריע מפני דמסתבר טעמו והרי אמרנו דהסברא שהסכימו רבים עליו מן הסתם היא הנכונה וא"כ אין לסתור סברת רבים מפני כלל דמשנת ראב"י קב ונקי זה נראה לפע"ד דעת הגאונים שהביא הר"ן בשבועות ודעת הרי"ף עצמו בש"ק דפוסקים כרבים היינו משום דאף דלא רצו להכריע דלא מסתבר טעמו בעיניהו מ"מ סברת הרבים יעיד על זה כל שלא ידענו בבירור דמסתבר טעמו ולפ"ז הא דפריך ביבמות דף ס' היינו משום דכל שאפשר לנו לייחס לראב"י סברא הנכונה בטעמא וכדמסיק באמת רב אשי שם אין לנו לייחס לו סברא שאינה נכונה דלית הלכתא הכי וכן ביבמות דף ל"ז פליגי אביי ורבא אליבא דראב"י ולתרוייהו מוקמין ראב"י אליבא דהלכתא מטעם זה דאחרי שמשנתו קב ונקי כל שאפשר להעמידו כהלכה מוקמינן:

ולפי"ז הרא"ש בעירובין פרק ד' סימן ב' שכתב דלכך פסקו שם דלא כראב"י מפני שאינה מק"ב דברים שהלכה כמותו דקבלה מר"ח דבק"ב דברים בלבד הלכה כמותו יתכן לומר דאכן דלא ידעינן אין לנו להתיר הכלל יחיד ורבים הלכה כרבים ובפרט דהכלל דאורייתא וביבמות שהקשה ידוע כי הוא מק"ב דברים ויש תימה על הרא"ש בהלכות טומאה שכתב לעיל דאמאי לא דחי דאינו מק"ב דברים כמ"ש בעירובין ודברי התוס' בגיטין דף כ"ב ע"ב ד"ה הלכה כאבא שאול סתומים קצת שכתבו דאע"ג דמשנת ראב"י קב ונקי ובברייתא פסק נמי כמותו מ"מ אין למדין הלכה מן התלמוד דאם כוונתו דאין לסמוך על כלל דמשנת ראב"י קב ונקי דאין למדין הלכה מתלמוד היא תימה גדולה דהרי בכמה מקומות סמכו על זה ואולי לא אמרו רק על הא דפסק בברייתא כמותו אין לסמוך דאין למדין כו' ועל הא דמשנת ראב"י בלא"ה לא חשו כיון דהדיא פסק דלא כמותו בוודאי אין לסמוך עליו. וכמ"ש הרא"ש בהלכות טומאה ודברי הגהות אשר"י סוף פרק ד' דב"ק כתב ג"כ אין למדין הלכה מן התלמוד ואולי גם הוא כוונתו רק בכאן דפסק תלמודן דלא כוותיה ובמ"ש הרא"ש עוד בהלכות טומאה דכיון דרב תני לברייתא זו אין להקשות מפני משנתו ראב"י יש ליישב קצת דברי הרשב"א בתורת הבית בית שני תחלת שער ד' שכתב דאע"ג דמשנת ראב"י קב ונקי לא אמרו אלא במשנה אבל בברייתא הרבה יש דאין הלכה כמותו ודבריו תמוהים שהרי הך דיבמות דף ל"ד ודף ס' ברייתות הן ולדברי הרא"ש איכא למימר דאפשר דלא מתני ר"ח ור"א ורק הם ידעו איזה נשנית בבי' ר"ח ור"א. ודוחק ול"ע : דברי ידידו דוש"ת

הקטן מאיר א"ש

סימן ג

אשר שאל מעכ"ת כי' הרמ"א כי בח"מ סימן ה' כתב י"א דבדיעבד דבלילה דינו דין א"כ אמאי סתם בסימן קס"ט דחליצה פסולה בלילה הרי הטעם משום דהוי כתחילת דין והיה לרמ"א להביא שם דעת החולקין דבדיעבד החליצה כשרה כיון די"א בדיעבד דינו דין ועוד שהוא הביא בסימן קכ"ג דגט פסול בלילה. וזה אין קושיא כי למה לא יביא הרמ"א דעת הי"א לחוש להם עכ"פ שלא במקום עיגון והרי הוא ז"ל לא הכריע בח"מ כדעת הי"א לחלוטין ויעיין בספר גט פשוט שם הביא תשובת א"ז בארוכה ואיך כתיר שלא במקום עיגון אשה שהיא ערוה לדעת הא"ז. והרמ"א לא כתב רק י"א וזה דרכו בקודש לאסוף הדיעות אשר ראוי לחוש להם ומ"מ גבי חליצה היה להרמ"א להזכיר ג"כ דעת י"א אלו. אהובי ידידי לא על הרמ"א תלונתו דהרי הא דאם הלילה תחילת דין החליצה פסולה מפורש להדיא שם ביבמות פרק מ"ח ומאן דמכשיר טעמו משום דהוי גמר דין וא"כ על הי"א אלו קשה והתלמוד ערוך וכמו שהקשה הרמב"ן והרא"ש באמת כן והכריחו דאף בדיעבד פסול הדין ואם הי"א שהיא דעת הרשב"ס יהיה נקי מקושיא גם הרמ"א לדקו דבריו. והנה ראיתי בקובץ ביהודה קמא לחלק אה"ע סימן כ"ה שכתב לחלק דבחליצה כיון שיוכל לחזור ולחלוץ ביום לא מקרי דיעבד יע"ש. ולענ"ד הוא דחוק דאם כן אף במכעל שאינו שלו של שואל בענין כאמור כן ולא משכחת לה חליצה כשרה בדיעבד והא וודאי ליתא לחלק לפ"ד בין היכא דמן התורה צריך למצוה לעשות לכתחלה כן בזה אף אם עבר כל עוד שיש תקנה לחזור ולעשות לא מקרי דיעבד ורק היכא דמדרבנן צריך לעשות לכתחילה בענין ההוא למצוה בזה הקילו בדיעבד ודוחק. וכן מה שכתב בתומים דבחליצה כיון דכתב ככה לעיכובא ולכן חליצה פסולה אף דיעבד וגם זה רחוק שיהיה ככה לעיכובא על מה שלא כאמור בפרשה כלל אבל הנראה לפע"ד ליישב קצת עפי"מ דאיתא בירושלמי פרק מ"ח בדפוס אמשטרדם עם פ"מ דף ל' ע"ב דטעמא דר"א דחליצה פסולה מדכתיב לעיני הזקנים ולכך פסול בלילה (וזה קצת סיוע לדעת הסמ"ע דבלילה ונרות דולקין כשר לדין ויש לדחות) וכתב הפ"מ שם ליישב בדברי ירושלמי הזה קושית הרשב"א על תלמודן דאמר דכ"ע לא מקשינן יבום לנגעים דאי מקשינן אפילו ג"ד בלילה נמי לא והקשה הרשב"א דלמא באמת ר"א כר"מ ס"ל דא"כ ג"ד פסול בלילה וכתב הוא דלפי הירושלמי הקושיא לעיני ל"ל והא דקאמר דתלמודן לפי האמת דטעמא דר"א משום דהוי תחלת דין ולא קאמר משום דכתיב לעיני היינו משום דאי לא הוי סברא דהוי תחלת דין הוי מוקמינן לעיני כדרבא דצריך למחזי רוקא אבל השתא דקאמר דהוי כתחלת דין א"כ מוקמינן לעיני למעוטי לילה את"ד. והנה קושית הרשב"א כבר דחאה הריטב"א דלא בעי לומר דמאן דפוסל חליצה בלילה יהיה דלא כהלכתא דקי"ל דגם בלילה אבל מ"מ יוכל להיות כדברי הפ"מ דגם תלמודן ידע דאיכא למעט מלעיני לילה רק הוצרך סברא דתחלת דין דאם לא כן הוי מוקמינן לעיני כדרבא דצריך לראות הרוק השתא דאיכא סברא ממעטינן ג"כ לילה ותרתי שמעינן מיניה אבל למאי צריך תרתי כיון דתחלת דין הוי. ואולם לדעת הרשב"ס שאינו מהפך הירושלמי ניחא דאף על גב דאיכא סברא דחליצה כתחלת דין מכל מקום לא היתה פסולה דיעבד על כן הוצרך לעיני לפסול דיעבד כן נראה ליישב דעת הרשב"ס וממילא דברי הרמ"א מיושבים ודו"ק:

סימן ד

בעזה"י יום ה' י"ט תמוז תר"ח לפ"ק אונגווער יע"א:

ישאו הרים שלום· חיים וברכה עד עולם. לכבוד ידיד עליון וי"כ קדוש יאמר לו מאור ה' חופף עלי אהלו ה"ה הרב הגאון האמיתי סיני ועוקר הרים. דובר מישרים. מאיר לארץ ולדרים. פה"ח עה"י כקש"ת מוהר' חיים כי' לכלא האב"ד דק"ק לאכז יע"א והגלילות:

גאון ישראל הגיעוני אמרותיו הטהורות ואם אומנם מה מני יהלוך להוסיף על דבריו היקרים. לעשות רצון צדיק נכספה וגם כלתה לכתוב להדר"ג כי' כאשר לוה אבל כתרוני אפפוני מונעים רבים ולא יכולתי להפיק מאויי ועתה החילותי לעיין מעט בדברי קדשו אודות הפשר המבואר בדבריו כי הב' רוצים עשו פשרה שיתן ר"פ סך חמשה מאות ר"כ או שמינית מן הריוח בעסק ידוע להם והחשבון ע"י הבוררים פ' ופ' והברירה לר"פ ליתן חמש מאות ר"כ או ליתן שמינית הריוח כו' ועתה שבק אחד מן הבוררים לנו חיים וטוען הנתבע כי פטור מכלום כי דעתו היה רק ליתן חשבון משמינית הריוח לפני הבוררים לחשבון וכיון שנאלם בזה אדעתא דהכי לא נתחייב ופטור גם משבועה כי כן גמר להמפשרים (אע"פ שאינו בכתב הפשר) הגם שלא דיבר כן אל הנתבע אל הבוררים אמר כן:

הנה לפוטרו אפי' משבועה לא ידעתי כלל מה עלה על דעת הנתבע לומר כזה הנה הוא מבקש לבטל את הפשרה מפני אונסו כי מת אחד מן הבוררים לחשבון ומלבד אחר חפץ להחזיק בפשרה ההוא לטובתו שיהיה פטור משבועה ובודאי אף לפ"ד כי אונס הוא אין אונסו כמאן דעביד גם אומדנא אין כאן וכמדומני שיש אומדנא להיפך דאם יכול לטעון כל אשר ירצה לפטור בלא כלום בדיבורו הקל על מה בירר אנשי' לעשות חשבון לדק לפניהם אהדי כי יכול לומר לפניהם ככל העולה על רוחו אלה הם דברים זרים בעיני ובלתי ספק צדקו דברי הדר"ג דחייב עכ"פ שבועה:

ואולם הדר"ג כי' כחית לעומקא דדינא וחייב את הנתבע סך ששה מאות ר"כ כאשר קיבלו ע"ע בפשרה אחרי שהוא אנוס לפ"ד בעצמו שאינו נותן חשבון על הריוח מן העסק הידוע מ"מ לא נפטר ממה שחייב עצמו בששה מאות ר"כ וכמו שמבואר בדברי קדשו והנה ברור שאין לבטל הפשר מפני שהריוח עדיין לא היה בעולם וכמ"ש הדר"ג כי' והרי זה רק כתנאי שאם יתן שמינית ריוח יפטר ומליתן הששה מאות ר"כ ואדם מתנה על דבר שלא בא לעולם כמבואר במרדכי סוף פ"ק דב"מ וכ"כ הריטב"א בקידושין דף כ"ג ע"ב. וראיתי בדברי קדשו שתמה על הרמ"א שכתב דאם קבל עיסקא מחבירו וחייב עצמו בכל ריוח שבא לידו דאינו חייב משום דהוי דשלב"ל וכתב שם דמהני קנין ותמה הדר"ג כי' אם חשיב דשלב"ל איך מועיל הקנין. הנה אם כוונת כת"ר כי' על דברי הרמ"א בסימן קע"ו סוף סעיף ג' הגה שם לא כתב הרמ"א דאינו חייב ליתן לו משום דהוי דשלב"ל אלא כלפי כי כתב בתחלה מחלוקת הפוסקי' בענין שותפין די"א דבדברים בלבד אין יכולים לחזור בהם עכ"פ לענין מה שהרויחו כבר משום דגמרו ומקני אהדדי כתב דכל זה אם שניהם עוסקין בעיסקא אבל קבל אחד למחצית שכר עיסקא וקבל על עצמו ליתן ריוח הבא לו שלא מחמת העסקא אינו חייב ליתן לו דהוי דברים בעלמא וצריך קנין דאז ודאי מהני כ"ד שהוא בעולם ולא מיירי הרמ"א שם מטעם דבר שלא בא לעולם כלל אלא ריוח שכבר ידוע לו (וכאן במלוה לעכו"ם סך מסויים לזמן פלוני וקצב הריבית דכה"ג וכיוצא בזה דהוי כדבר שבא לעולם) ומ"מ כיון שהוא לבדו קבל העיסקא לעסוק בה והנותן אינו מתעסק כלום לא שייך גמרו ומקנו אהדדי ואינו חייב ליתן לו רק הריוח מאותו עסקא ולא הבא לו ממקום אחר אע"פ דהוי בעולם אלא אם קנו מידו ואולי נתכוין הדר"ג כי' על מה שכתב הרמ"א בענין אחר:

והנה כ' הדר"ג שאין לפטרו מפני שהוא קנין אתן כי אמרו הבוררים אל הנתבע תן לתובע כך וכך וקבל בקנין לקיים הפסק של הבוררים לא נחשב קנין אתן ועוד דהרי חתמו עצמם על הפשר ונתחייב מלבד חתימתו וערער חכם אחד דהוי קנין שלא בפניו שכתב הרמ"א בשם מהרי"ו דלא מהני והדר"ג כי' כתב דלא שייך בזה טעם מהרי"ו והרמ"א משום דהדר שודרא למרא עדיין שם קנין עליו דאף אם לא קבל שום קנין כלל הוי כמקבל משום הודאת בע"ד וא"כ כיון שהפשר נשאר ביד שליש הוי כאלו קבל אז קנין מחדש· הנה יש לעיין דודאי אם נכתב בשטר שקנו מידו ביום פלוני אע"פ שלא היה קנין מעולם מ"מ מהני משום הודאת בע"ד שהודה שנעשה קנין ביום הכתוב בשטר ומטעם אודיתא וכמ"ש התוס' בב"ב דף מ"ד ע"ב לענין קנין אגב קרקע אע"ג דאין לו קרקע ומטעם אודיתא אבל לא נאמר מפני זה שיהיה הודאתו שהודה בשטר שקנו ביום פלוני והקנין לא היה מהני מפני שהיה שלא בפניו וא"כ הדר שודר למריה שנאמר מפני שהשטר קיים יקנה מטעם קנין אם היה צריך קנין אחרי שהקנין שהיה מודה עליו לא הוי מועיל ועל קנין אחר אין כאן הודאה בשטר:

והנה הרשב"א בקידושין דף כ"ג ע"ב כתב משם לסתור דעת הסוברים דקנין שלא בפניו לא מהני וכתב בשם הר"י דהא תנן כותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו (ובקצות החושן כתב כן בשם התוס' ולא נמצא בתוס') ואוקימנא לה באקניתא עכ"ל והרי רוב הפוסקים ובפרט הרשב"א והרמב"ן בש"מ מבואר בדבריהם דמהני קנין כן הוא בין ילוה ובין לא ילוה וכתבו שכן ג"כ דעת הרי"ף כמבואר בש"ך ואולם דעת הרמב"ן והרשב"א כפי מה שכתב הה"מ בפרק כ"ד מהלכות מלוה דהך דכותבין שטר למוכר איירי גם כן בשטר הקנאה (ולא כדעת הרמב"ם דכותבין בשטר מוכר אף בלא קנין) וכ"כ הריטב"א בקידושין דף כ"ו ע"ב להוכיח כן מכותבין שטר למוכר דמהני קנין שלא בפניו ולולא דברי הה"מ בפכ"ד מהלכות מלוה הייתי אומר דגם להרמב"ם אם השטר יעשה הקנין ובודאי גם הוא ז"ל סובר דאין לחלק בין הלואה למכר והיה צריך קנין כמו בהלואה אלא דהרמב"ם רמז במה שסותם בשטר מכר ולא הזכיר קנין גם בתלמודן לא נזכר על שטר הלואה היינו משום דכותבין שטר למוכר איכא לאוקמי שהודה דהיינו שטר הודאות מכר כיון דקיי"ל המוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים למה אע"ג דנכתב בניסן ולא מטו לידיה דלוקח עד תשרי אפ"ה גובה מניסן משא"כ במלוה דכל דלא מטי שטריה בידיה דמלוה אינו גובה ממשעבדי מכל הודאתו וכן מבואר מדברי הרמב"ן שהביא הטור בסימן רל"ח בסופו ועכ"פ לדעת הרמב"ם דכותבין שטר למוכר לא איירי בשטרי הקנאה וכן לדעת הר"י מיג"ש שהביא שם הטור איירי במתני' במעיד על עצמו שכבר קבל מחיר השדה אין כאן ראיה לסתור דעת מהרי"ו דקנין שלא בפניו לא מהני דהא איירי במעיד על עצמו שכבר קבל המעות ולדעת הרמב"ן והרשב"א דמיירי בקנין היינו כמו שכתבו לגבי שטר מלוה כמבואר בש"מ בשמם דמפרש בקנין מן הסתם הוא משעבדיו בין ילוה ובין לא ילוה ולא בעינן מטא לידי' כלל אבל היכא דידעינן שלא הקנה בבירור רק אם ילוה או בנידון זה דודאי לא הקנה רק אדעתא שימחול הלה את תביעתו והוא לא ידע בשעת קנין אם ימחול הלה אפשר דלא מהני לדעת מהרי"ו והרמ"א בסימן קל"ט:

האמנם אם הגידו קודם הקנין שהתובע נתרצה למחול תביעתו אם יתרצה הוא לקיים פשרתו ודאי דמהני אבל אם נודע שאמרו כן לפני התובע ל"ע אם נאמר כן מעצמינו ובפרט לדעת הסמ"ע בסימן מ"ב ס"ק כ"ו ולדעתו נוטה הא"ת ואולם מלבד הכתב עצמו וחתימות הבע"ד בזה היה נראה דמועיל לחייב כמ"ש ג"כ הדר"ג כי' ובזה אין להרהר מפני שלא סמכא דעתו וכמ"ש מהרי"ו כיון דאח"כ נתרצה והוא ידע ולא שייך לומר בשטר שכבר חלף ועבר הקנין כיון שהשטר עדיין קיים וכמבואר בתוס' ביבמות דף כ"ג ע"א באומר קנה לאחר למ"ד

יוס ולא נקרע ולא נאבד השטר אע"פ שלא אמר מעכשיו קנה וכ"כ בקידושין דף ס"ג ע"א העתיקס הב"י סוף סימן קל"ז וכן מתבאר מדברי הסמ"ע בסימן ר"י ס"ק ב' דכל שטר קייס ביד הזוכה מהני אע"ג דבשעת מסירת השטר לא קנה ואולם הייגו ביד הזוכה כשהוא ביד שליש אם הושלש בידו שיזכה לנתבע פשוט שידו כיד הנתבע ואולס אס הושלש ידו סתס כל"ע לפמ"ש המחבר בסימן ר"כ בנותן ליד שליש סתס ואומר לו יהא זה אצלך דלא זכה המקבל כמבואר שם בסימן ר"כ סעיף כ"ה ואולם שם איירי בנותן שמסר מעצמו ליד שליש ולא עשה רק מדעתו בזה אמרינן דלא נתכוין לחייב עצמו אבל בנידון זה דהתמו עצמם לקיים הפשרה ומסרו ליד שליש וודאי ע"ד שיזכה השליש לתובע דהרי ע"ד זה חתס שיהיה הלה בטוח שלא יחזור בו. עד כה כתבתי המעט להפיק רצון לדיק שליוה עלי לחות דעתי העניה ואומר כי לפטור הנתבע משבועה זו בעיני מאוד והדעת נוטה לחייבו השטה מאות ר"כ כיון שאינו יכול לפטור עצמו ע"י שמניחת ריוח מפני אונסו ומעלת הגאון נ"י כדאי דעתו הרחבה להוליא ממון ועל כל פנים הייתי נוטה הפשרה לטובת התובע אם הייתי דיין בזה יסלח נא הדר"ג נ"י אם עד כה אחרתי כי מוכעים רבים סבוני הקיפו עלי יחד והנני משתחוה מרחוק להדרת קדושתו ידידו לעובתו : הקטן מאיר א"ש

סימן ה

על קושית מו"ח נ"י (**אב"ד** נראה דקושית מו"ז הגאון ז"ל הוא על מה שכתב הש"ך סימן ל"ח ס"ק א' אחרי שהאריך להקשות על הבנת ב"י בדברי ר"ח כתב וז"ל והשתא אתי דברי ר"ח כפשטן וה"ק אבל אם אמרו שקר העדנו לא מבעיא שאין משלמין על פי עצמן וכו' אלא אפילו העדות כנונה כלומר דקד"א דכהי דאין משלמין עפ"י עדותן משום דעדות השניה לאו עדות הוא דהזמת עצמן לא חשיב הזמה כהזמת עדים מ"מ נימא דהכחשה מיהא הוי וכו' וכשיזמו אח"כ לא יתחייבו אלא אפילו העדות שהעידו נכונה חשבינן ליה ולא נתבטל במאי דאמרי השתא שקר העדנו וכו' וכשיזמו אח"כ חייבין וכו' והשתא לק"מ מה שהקשה הב"י דהא ש"ס ערוכה הוא דמהש"ס לא מוכח מידי עכ"ל יע"ש וקשה דהא בסנהדרין דף ל"ד ע"א אמר הגמ' דלכך לרבנן אין העד יכול ללמד זכות משום דמיחזי כנוגע בעדותו ופירש"י דנוגע הוא בדבר שמתחרט ודואג שמא יגמר הדין ויבוא זה עדים להזימן ומיהדר לא מלי למיהדר בהו לאחר כדי דיבור משום כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד יע"ש וא"כ מוכח ג"כ מש"ס ערוכה דאם חזרו בהם ואמרו שקר העדנו אעפ"כ מקיימין בהם דין הזמה דאם לא כן אינם נוגעים בעדותן דהרי יכולים לחזור ולא מקיימי בהו דין הזמה) אפשר לומר דהנה לכאורה יש לתמוה על דברי ש"ך שכתב דתיפוק אדעתן לומר משום דחזרה בהם לא יהיה בהם דין הזמה דהוה הכחשה ובטלה העדות אע"ג דלגבי כידון עדותן קיימת מ"מ לגבי עצמם הכחשה מיהא הוי וזה תימא דאין לך ביטול עדות גדול מן שיבא הרוג ברגליו ואפ"ה מבואר בב"ק דף ע"א וע"ב דלדידן דקיי"ל הכחשה תחלת הזמה היא אם יזמו אח"כ חייבים מיתה. ואפשר לומר דהתם בב"ק ע"כ איירי שהוכחשו אחר גמר דין דקודם גמר דין אין כאן הזמה. ומיד שהוכחשו א"א לגמור הדין וע"כ איירו שהוכחשו אחר גמר דין ולזה אע"ג שהוכחשו אם יזמו אח"כ חייבין משום דמיד שנגמר הדין הוי בני חיובא אם יבואו עדי הזמה לכך לא יועיל אם יוכחשו תחילה מה שאין כן כאן איירי שחזרו בהן קודם גמר דין ולא היתה עדיין עליהם שום חיוב בזה סלקא אדעתין לומר דיועיל הכחשתם וכיון שלא נתחייבו עדיין אע"ג שגומרין הדין אח"כ קד"א לומר לגבי עצמם תבטל עדותם ולפ"ז היה אפשר לומר דסוגיא דסנהדרין איירי אחר גמר דין אלא דקשה דא"כ מאי לרבנן האי למות מאי עביד ליה והיותר נראה לומר לפי מה דמבואר בב"ק דף הנ"ל דעדים שהוכחשו בנפש למ"ד הכחשה לאו תחלת הזמה לוקין דכיון דאין עושין בהן דין הזמה לא מיקרי לאו שניתן לאזהרת מיתה אע"ג דמעיקרא אם באו עדי הזמה היה בהם וניתה מ"מ השתא מיהו אין בהם מיתה ולוקין משום לא תענה ברעך. ומעתה נחזי אנן מה דינם לענין מלקות אם חזרו בהם לפי דעת הש"ך בס"ד ונראה ברור דלוקין מעתה לפ"ז שפיר נוגע בעדות ודו"ק :

ובהיותי בענין הלזה אמרתי להליע לפניו מה שעלה ברעיוני לתרץ קושית התוס' ביבמות דהקשו לר"ע דאית ליה אין דנין אפשר ומאי אפשר דאין משלשין במכות ונראה לפענ"ד דהנה כל המפרשים תמהו על הרמב"ם שפסק במלקות אף אם לקה לוקה ולפענ"ד ל"ע דהרי מבואר במכות דלרבנן לכך אין עדים לוקים שמונים בשהעידו על אחד שחייב מלקות משום דלא תענה אזהרה לעדים זוממין וכתבו התוס' בב"ק דף ע"ד ע"ב ד"ה הוה דאין הפירוש דהוה לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד אלא הפירוש ההוא מבעי"ל לא זהרת ע"ז דמשום כאשר זמם לא כו' הרי לפנינו דמשום כאשר זמם לא לקי רק משום לא תענה לא הוי לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד דגלי רחמנא והצדיקו את הצדיק ומ"מ היכא דאיכא מיתה עדים שהוכחשו למ"ד הכחשה תחלת הזמה אין לוקין וא"כ לא ידעתי מה הקשו על הרמב"ם דבשלמא גבי מיתה כיון דכתיב כאשר זמם ממילא אם הרגו אין נענשין כלל לא מיתה משום דלא כתיב כאשר עשה ומק"ו אין ללמוד דאעונ"ש ולא מלקות וכן בממון אין לוקין לעולם דאין לוקה ומשלם אבל במלקות אף אם לוקה כיון דמכאשר זמם אין לעונשו אם לקה מ"מ מלא תענה מדוע לא ילקה ולמה לא יגרע מעדות ב"ג וב"ח יודעני כא מו"ח דעתו רק לפ"ז קשה מאי פריך מכ"ל דמשלשין בממון ואין משלשין במכות וקשה מאי קושיא בשלמא ממון מכאשר זמם אתיא ולכך כיון שהם לא חייבוהו אלא מאתים כך הם לא השלמו אלא מאתים אבל מלקות מלא תענה הרי כל אחד מהם עבר הלאו ומדוע לא ילקה אחד מ' ולריך לומר הקושיא אליבא דר"מ דאית ליה לוקין שמונים א' מכאשר זמם ומשכי אביי שפיר יליף רשע רשע אבל לר"ע אין קושיא דלמא כרבנן ס"ל ודוק :

סימן ו

מ"ש במכתבו העבר לייבב קושית קלות החושן בסימן ל"ח ס"ק ד' שהקשה על הרמב"ם בפרק כ' מהלכות עדות וז"ל העידו שורו שהרג את הנפש והוזמו הרי הן לוקין ואין משלמין את הכופר ומשמע דאין העדים לריכים לשלם במה שרלו להפסיד שורו ולהורגו ולאסרו בהנאה דאם היו משלמין לא היו לוקין וכו' יע"ש כיון מעכ"ת בזה למה שכתב בספר משוב נתיבות אשר בסוף אבני המלואים ח"ר ע"ש. ויש לדון בדבריכם אלא שאין הזמן מסכים. ולפענ"ד היה נראה לדחות קושית המחבר קלות החושן דכיון דקי"ל דהא דחובל ועדים זוממין משלמין ואין לוקין הייכו משום דבפירוש ריבה רחמנא הכך לתשלומין אבל בחמת קולא הוא דאקיל רחמנא התס ולכך חובל בי"ע ואתרו ביה לוקה ואיכו משלם דאין לך בו אלא חידושו היכא דהמלקות הוא רק מפני לאו דחובל אבל כאן הוא מפני לאו די"ע לוקה אף אנו כאומר דלהרמב"ם ס"ל דלא פטר רחמנא עדים זוממין רק הכא דהתשלומין והמלקות על עדות אחת כמו שמעידין שפלוני חבל בחבירו והוזמו דהאי לוקין משום לא תענה ומשלמין מכאשר זמם על עדות זו עלמו וגלי רחמנא כדי רשעתו דאיכו חייב שתים וכתב שאשר יתן בו דמקילכן עוד לפטרו בממון שהוא משלם אבל מעידין על שור של פלוני שהרג את הנפש כיון דהרי זה שתי עדות כי היו יכולין לחייב את השור ולא הבעלים וכן הבעלים בלא השור כהי דמ"מ תרתי לא עבדינן וכמו שהוכיחו התוס' בכתובות מ"מ לדון בקלה לפטרו ממון בלא מלקות מכין לכו כיון דחדושי הוא שיפטור בקל אין לך בו אלא חדושו וגוף דין של קלות החושן לענין נסוך יין נראה דתלוי במחלוקת הפוסקים אם ילפינן קנסא מקנסא דמ"ד דלא ילפינן א"כ אף דחייבי חכמים למנסך ייכו מ"מ מ"מ אין לנו לחייב עדים שהעידו כתנסך ייכך דהוי רק קנס בהיזק ניכר ומכ"ל דחייבוה חז"ל בהיזק שאינו ניכר ואף למאן דיליף לא ברור לי מטעם הזה :

סימן ז

שלום חיים טובה וברכה לאהובי בני הנחמד הרב המופלא ומופלג ירא ושלם כקש"ת מוה' פנחס נ"י לכלא הרב דק"ק סרעדני והגליל יע"א:

מכתבך אהובי בני הגיעני ואשר דרשת אודות עד שאינו יודע לחתום וחתם אותו העד האחר במסה"ק מה תקנם וכבר ראית מה שמבואר בש"ע בסימן מ"ה. והנה כתבת דאף אם המנהג להכשיר עד שחותמים אותו במס"הק מ"מ זה פסול וכמ"ש הב"י בשם תשובה לרש"י דאם חתם העד האחד גם בשביל שני צריך למוחקו ואולם כן הדין במקום שאין מנהג שעד אחד חותם בשביל שנים אבל במקום שמנהג ידוע שחותם בשביל שנים ונודע לא מהני בזה ונראה דתליא במחלוקת הפוסקים בסימן כ"ב אם מהני בקיבל עליו קרוב או פסול כשנים דהב"י פוסק דמהני והרמ"א הביא שם דעת החולקים וס"ל דתרתי לריעותא לא מהני קבלה וכתב שכן הוא דעת רוב הפוסקים והש"ך שם כתב דהוי ספיקא דדינא ונידון זה הוי תרתי לריעותא לכאורה הוי עד מפי עד ובשנים והרי דעת הראשונה הוא דעת רש"י דמהני קיבל עליו אפילו בתרתי לריעותא וא"כ רש"י בתשובה וודאי במקום שאין מנהג קאמר ולפ"ז עכ"פ להרמ"א לא מהני ולא היה אפשר להוציא על פי שטרות אלו. ואולם נראה דזה לא הוי תרתי לריעותא דכיון דאכן אמרינן דהוי כקבלוהו עליי' כבי תרי אין זה רק חדא לריעותא באופן שאם היה מנהג ידוע שהעד חותם בשביל השני היה צ"ע אם מחשב תרתי לריעותא. ואולם עיקר הדין מבואר בש"ע שם שיש מנהג באותה העיר שהסופר חותם דהוי כקבלו עליי' אבל בסתם אינו מבואר בש"ע ומ"מ אם היה מנהג ידוע להכשיר אפילו בכל ענין היה נראה דמהני אבל פשוט שאין שייך לקרוא מנהג בשביל שקרה מקרה שנים או שלשה פעמים וזהו מלתא דלא שכיח להזמין עדים שאין יודעים לחתום אולם שכיח היא לחתום במסירת הקולמס הבע"ד עצמו ולפ"ד הש"ך שם זה מדינא מהני ולא מצד מנהג וא"כ אין להביא ראיה ממכשירין ודנין ע"י חתימת מסה"ק של הבע"ד שיועיל ג"כ חתימת העד הראשון במסירת הקולמוס:

וראיתי בקצות החושן שהשיג על הש"ך והביא ראיה מדברי הגה"א אם ע"א אין חותמין רק ע"י אחר והנתיבות דחה דבריו ובעל קצות החושן בספר מ"כ אשר בסוף אבני המלואים חזר להחזיק דבריו ובאמת לפענ"ד נראה דלדעת הרמב"ם וסייעתו אשר שם המחבר כוותו בסימן מ' דבכל ענין מהני להתחייב עצמו אף אם יאמר אתם עדי ואינו חותם עצמו כלל אפ"ה יכול לחייב עצמו מחדש א"כ הא אין החתימה גומר החיוב רק כל שגומר בלבו וידענו שכוונתו להתחייב ולא להשטות ולא להשביע עצמו אמר כן מתחייב הוא וכיון דאם אמר חייב אני לך מנה בשטר מתחייב הוא אע"ג דלא אמר אתם עדי דגם על זה אמרינן אלימא מלתא דשטרי וכוונתו היה לחייב עצמו ה"ה במס"הק איכא למימר דכל שעשה כן הבע"ד ומסר הקולמוס וציוה לחתום את שמו וודאי לא כיון להשטות ולא להשביע וכיון דבשטרי ראיה מהני אף לבעל קצות החושן שוב גם להתחייב עצמו אמרינן ביה אלימא מלתא דשטרי לדעת המחבר בסימן מ' שפסק כהרמב"ם וסייעתו והתומים כתב דגם לדעת הש"ך עכ"פ צריך שנים שיחתמו את הבע"ד שיהיה מועיל מדינא ולפ"ד הנ"ל היינו אם הבע"ד מכחיש את העד אחרי כן אבל אם מודה לדבריו הרי דעת המחבר בש"ע סימן פ"א דהודאה לפני ע"א מהני אם אינו מכחישו (כי אז יפטר בשבועה להכחיש העד) ולא יכול לומר להשטות או להשביע אמר כן א"כ אפילו עד אחד יכול להיות דמהני להתחייב עצמו מחדש:

ועכ"פ כיון דדעת הש"ך דמהני בכל ענין א"כ אין להביא ראיה ממה דחזינן כמה שטרות שנחתמו ע"י מס"הק מן הבע"ד שיועיל לענין עדים. ועוד אפשר לחלק קצת דאם בע"ד מלוה להחתימו נראה דחשיב דקבלו עלוי' מה שאין כן בעדים כל שלא ידענו שתקנו כן בעיר אין לנו לומר שקבלו עליהם להכשיר פסולים באופן שלפענ"ד נראה דמן הסתם כל שלא ידענו בבירור שיש מנהג להכשיר בעדים אין להביא ממנהג שחותם הבע"ד במסירת הקולמוס להכשיר גם כן בעדים וצריך לחתום עד אחד ולכתוב השטר מזמן השני או ילמד לחתום הלא מצער' היא. והנה גם בשטר סילוק יש תקנה שיתחייב הבעל בתורת חיוב להחזיר ליורשים כמבואר באה"ע בסימן נ"ג ס"ג ד' ואם היה אפשר להושיב ב"ד ויבואו העדים ג"כ שם ויקראו להבעל ויבקשו ממנו לכתוב שטר הנ"ל בתורת חיוב כדלעיל ואם ימאן יעידו עדים לפני הב"ד על התקנה ואז יכתבו הב"ד בתורת פסק דין שהבעל חייב בכך וכך והיותר נכון שילמוד ויחתום ואם העד בכלל בן דעת נקל לו ללמוד שמו ושם אביו כיון דא"צ יפוי כתב. וה' יצילנו משגיאות ומכל מכשול דברי אביך המעתיר בעדכם. הקטן מאיר א"ש:

סימן ח

אשר שאל מעלתו לדברי לח"מ בפרק י"ב מהלכות סנהדרין דגם במלקות בעינן שיתיר עצמו לכך ולקבל התראה א"כ אמאי הצרכו התוס' לומר בריש פרק שבועות הפקדון דלכך לא שייך לשאול הזיד בשבועות העדות משום דלא נוכל לדעת אם מזידים תיפוק ליה דהא צריכין להתיר עצמם למלקות דהיינו שצריכין לומר ידענו דחייבים אנחנו מלקות ואפילו הכי אנו מעידין וצ"ע עכ"ל מעלתו בקיצור. הנה באמת אין כאן מקום עיון דאחרי שהלח"מ דקדק כן מדברי הרמב"ם אין אחריות דברי התוס' עליו. ובאמת אין כאן הכרח דבעינן שיתיר עצמו לכך במלקות דמ"ש הלח"מ משום דמלקות במקום מיתה עומדת אין ניחא כל כך דהרי צריך קרא להתראה במלקות בסנהדרין מ"א. ולא אמרינן מלקות במקום מיתה עומדת. וכיון דלהתראה צריך קרא ומיותר במלקות ממילא יתיר עצמו למיתה דגמרינן שם מיומת המת אפשר דלא בעי רק במיתה דכתיב קרא אבל לא במלקות. וקצת יש להביא ראיה דלא בעינן שיתיר עצמו לכך מדאמר רבא בכתובות דף ל"ג דעדים זוממין א"א להתרות בהו. ואביי פריך עליה דמשכחת בהו התראה. ואי ס"ד דבעינן שיתיר עצמו לכך א"כ אם אמרו יודעין אנו. וע"מ כן אנו עושים הרי הודו ששקר העידו אלא ע"כ דלא בעינן שיתיר עצמו לכך:

אלא דעדיין יש לדחות דדלמא משום זה לא יהיה מוכרח רק דעדים זוממין לא בעינן שיתיר עצמו לכך. אבל עדיין לא שמענו שאין צריך התראה ולכך הצרכו להביא ראיה ממקום אחר וע"כ אנו צריכין לומר כן דאל"כ דהטעם משום דבמלקות לא בעינן צריך שיתיר עצמו לכך מ"מ הרי במיתה בוודאי צריך שיתיר עצמו לכך. וא"כ עדים שהוזמו בנפש לא יהיו צריכין התראה והרי כתיב משפט אחד אלא ע"כ כדאמרן. והיה מקום לעיין דאי נימא דעדים זוממין צריכין התראה א"כ קרא במלקות למה לי דבעי התראה כדאיתא בסנהדרין דף מ"א נילוף רשע רשע כקושית התוס' שם בד"ה תנהו כו' ותרצו דליכא למילף משום דרשע כתיב בעדים זוממין לא בעי התראה. ואולם אם אמרינן דלמלקות לא צריך שיתיר עצמו לכך בלא"ה נסתר קושית התוספות דאם הוי ילפינן ממיתה הו"א דגם במלקות צריך שיתיר עצמו לכך. ובזה מיושב ממילא סוגיא דכתובות ואין להאריך. עכ"פ משמע מדברי תוס' בסנהדרין מדהקשו דנילוף התראה במלקות ממיתה דבמלקות צריך ג"כ שיתרו עצמן לכך. ובאמת גם דברי התוס' אין להקשות אהדדי ובפרט כי עדיפא מיניה כתבו דלא הוי ידעינן אפילו גוף ההתראה במלקות. ומלבד דברינו אלו מלשון דהתוס' בשבועות ג"כ ס"ל דמאן דבעי התראה בעינן שיתיר עצמו לכך אלא דבקשו לפרש אפילו למ"ד חבר אין צריך התראה ולדידיה אפ"ה דבעי התראה לא בעינן שיתיר עצמו לכך ופשוט דבעי דהזיד בשבועות הפקדון גם אליבא דריב"י איכא למבעי כדמוכח סוגיא:

ואולם אפשר לומר דגם התוס' בסוגין ס"ל דצריך שיתיר עצמו לכך. ואעפ"כ הצרכו לדבריהם והיינו כי מבואר הוא דאם כפרו העדים ואמרו אין אנו יודעין לך העדות דחייבים אין הפרש בין שיאמרו ראינו ההלואה ושכחנו כגון שנחלקו הלוה והמלוה על סך ההלואה והעדים אומרים ראינו ההלואה וידענו אז המספר ועתה שכחנו ונשבעו והודו אח"כ דחייבים משום שבועות העדות ובין שאמרו לא ידענו עדות זו מעולם ונמצא שיודעים חייבים ג"כ. ואף שזה פשוט אינו צריך לראיה הנה הוא מבואר בשבועות דף כ"ה בתוס' ד"ה ידעתם דמפרש שם דאם היה צריך עדיין לעדות ונשבעו לא ידענו דחייבים. ואולם אם נשבעו שלא ראו ולא ידעו עדות זו מעולם והמה מודים שראו עדות זו ואפ"ה נשבעו שלא ראו. ועתה אינם זוכרים העדות. בזה עברו על שבועת שוא או שקר למר כדאית ליה ולמר כדאית לי' בשבועות דף כ'. אך אין בו משום שבועת העדות רק משום שבועות ביטוי מעתה עדים הנשבעים שבועה שלא ידענו לך עדות מעולם. והתרו בהם שאם יודעים שראו את העדות. ואפ"ה הם נשבעים חייבים מלקות אם ישובו יודעים אנו וע"מ כן אנו נשבעים אם היה אפשר לדעת שלא שכחו העדות. ונמצא שעברו רק על לא תשבעו אז היה אפשר למצוא כל הכך צדדים דבעי בהזיד בשבועת הפקדון דהרי במה שאמרו יודעים אנו שחייבים מלקות וע"מ כן אנו נשבעים לא הודו שידעו העדות עדיין דהרי אף אם עתה שכחו העדות מ"מ חייבים משום שנשבעו שלא ידעו העדות. ואם היינו יכולים לדעת שלא שכחו העדות אז איכא למימר דכיון דחייבים מלקות ליכא קרבן. אבל כיון שאין אנו יכולים לדעת אם שכחו העדות ונמצא שלא נתחייבו : (חסר)

סימן ט

להגאון בעל חת"ם זצ"ל ונשמט מחלק אה"ע אחרי סי' כ' :

יפלא כח רבינו כי לדעתי העניה נראה כי אעפ"י שוודאי אסור לדון על פי עדות רשעים מקרא דאל תשת ידך עם רשע עד וכדברי רבינו ני' דנראה דזה שאמר הרמב"ם אסור לקבל עדות רשע היינו לדון על פיו וכמ"ש הרמב"ם בקרובים וע"א דהיינו הדיין הדן עפ"י קרובים אבל מ"מ טעם פסולן מפני שחשודים לשקר וכן מבואר לכאורה בב"ב דף קכ"ט דחילוק זה בין קרובים לגזלן דהתם בעינן הוחזק כתב ידו ובקרובים אע"פ שלא הוחזק כתב ידו ואם לא היה חשוד לשקר לא היה חילוק וכן ע"כ מטעם זה הכשירו חז"ל בעדות אשה עבד ושפחה ולא הכשירו גזלן ושאר רשעים וע"כ דטעם חלוקן משום דטעם פסולן משום דמשקרי וכ"כ לגבי כותי הרשב"א במיוחסות להדיא בסימן קכ"ח וז"ל אבל כותי לא מחמת פסול עדות בלבד אנו פוסלין אותם אלא משום אנו מחזיקין אותם כשקרנים ומעידים דבר שאינו כדכתיב אשר פיהם דבר שוא וגו' אבל במתכוון להעיד אינו נאמן כלל וכו' עכ"ל וכ"כ היש"ש יבמות פרק בתרא סימן כ"ה דטעם פסול הע"א משום דמשקר ודעתו להכשיר בנתגייר דתחילתו וסופו בכשרות גזה"כ וזה עיקר אשר לא הבנתי בדברי רבינו ני' בתשובתו דכיון דפסול משום דמשקר אין ראיה מדברי הרמב"ם לומר שכבר יצאה מחזקת א"א גם אם נתכוון להעיד והנה לרבא דמומר לאוכל נבלה להכעיס ופוסל לתיאבון משום דכפין ואכיל כפין וקאיד נראה גם כן דטעמו משום דמשקר אבל למאי דקיי"ל כאביי דאפילו להכעיס פסול וקי"ל דלא כר"מ דחשוד לדבר אחד לא חשוד לדבר אחר וכתבו התוס' והרא"ש בבכורות דאפ"ה פסול דכיון דרשע הוא התורה פסלו משום דרשע הוא א"כ משמע דגזה"כ הוא והרי משמע בב"ב דף קכ"ט הנ"ל ומדברי הפוסקים טעם פסולם משום דחשידי דמשקרי. ואולם נראה כיון דזה שהאמינה התורה בתורת עדות שנים הוא רק מחוקי התורה דכמו שאין נמנע לאחד שישקר כי לכך אינו קם רק לשבועה ובעל דבר נאמן להכחישו בשבועה אף שנים אינו מן הנמנע שישקרו רק שהתורה האמינם ולא האמינה התורה רשעים ואמרו חז"ל משום דמשקרי פסלם רחמנא ולכך אם לא הוחזק כתב ידם בב"ד לא סמכינן עלייהו להוציא ממון וכל שאינם רשעים לא פסלם התורה וקי"ל דלא כר"מ דאמר החשוד על הדבר לא דנו ולא מעידו. ובזה נראה לפענ"ד דלא קשה מה שהקשה הגאון הספרדי בתשובת נודע ביהודה קמא סימן ע"ג בסופו להרמב"ם דס"ל דאפי' בג' עברות אם עבר ולא קדש ש"ש אינו פסול לעדות מהא דאמר בכתובות קסבר ר"מ עדים שאמרו להם חתמו שקר ואל תהרגו יהרגו ולא יחתמו וכו' דלהרמב"ם הרי אינם נעשים רשעים. ולהנ"ל ניחא דע"כ לא קאמר הרמב"ם דכשרים רק לדידן דקי"ל דלא כר"מ דחשוד לדבר אחד אינו חשוד לכל ואינם פסולים רק בעבירה שחייבים מלקות וכיון דכתיב ולנערה לא תעשה דבר אינו נעשה רשע בזה שעבר ולא נהרג וכשר לעדות. אבל לר"מ כיון דס"ל חשוד לדבר אחד חשוד לכל התורה כולה וודאי הוא פסול דעכ"פ עבר על לא תחללו :

הקטן מאיר א"ש

סימן י

שלום וכל טוב להרבנים דייני דק"ק יארמוב יע"א :

אודות דברי ריבות בשעריכם כי ר"מ הוציא לפניכם ח"כ על רמ"א מסך שני מאות זהו' וטען כי הכתב הזה היה ביד בתו אשר אמה נתנה לה לבל תגבה הח"כ כי אם ד' שבועות לפני חופתה והראה ר"מ צוואת אשתו ורמ"א טוען מזויף הוא וכאשר ראיתם לכוין את החתימה ראיתם כי לא היה דומה אלא אותיות משה בלבד ולא שאר הכתב וגם שם חתם מיארמוב ורמ"א אומר כי מעולם חתם עצמו מקאטה והתובע אומר גם כי אינו יודע מטוב הכתב וחיובו אם הלואה או פקדון אבל ברי לו שאינו מזויף וגם מפני שר"מ הוא בעל דבר בעצמו כי מן הדין הח"כ של ר"מ והבאתם מאה"ע סימן פ"ב סעיף י"ב. הנה זה שאמרתם שחזקתו שאינו מזויף חזקה זו אינה בכ"י דדווקא בשטר אמרינן דקיום שטרות דרבנן לא בכת"י כמבואר בש"ך בסימן ס"ט ס"ק י"ב יע"ש למד כן מדברי רש"ג שכן דעת הסמ"ע והב"ח צריך קיום מדאורייתא מכלל דאין בכתב חזקה זו וגם מה שאמרתם כי הח"כ באמת של ר"מ הלא ראיתם מה שכתבו הח"מ וב"ש שם דעת כמה פוסקים כשבעל לא תקף המעות היא כאומנת אפילו במעות עמוכין אפילו אם הבעל טוען אינו נאמן. והשתא איהו לא טעין אנן נטעון ליה אדרבה יש להב"ד לטעון לפני הבת וכ"ש שהח"כ ביד הבת ואין כתב בו שם מלוה ואולי היה שלה ומחלקה כי זכה לה ע"י אמה הלא מבלעדי זה רחוק הוא שהיה הלואה או פקדון לפני הזמן שכתבתם כמדומה ולא היה אב רמ"א לעומת האם או הבת לתת לפני חופתה שני מאות זהובים ואין לר"מ בהן כלום :

אבל מ"מ לא ידעתי מה יושיענו זה לפטור רמ"א מהיכא אם הבאתם טענת ר"מ לברי הרי הש"ך לא חלק על הרמ"א בסימן ע"ה ס"ק פ"ב רק בשאין הקרוב לפני הב"ד אבל כשהוא לפני הב"ד כתב שהוא חייב ואף לפמ"ש אח"כ בס"ק פ"ג לפקפק גם בזה מ"מ הרי על הב"ד לומר לו שיכתבו הרשאה וכמו שאמר ר"ת להחתן שם שיכתוב הרשאה לאביו ואף כי בתומים פקפק גם על זה מי ישמע לו נגד כל הפוסקים האלו. ולפענ"ד לא מקרי זה תקנתא לתקנתא כיון שהרשאה מועלת גם לדון עמו ואולי לא קם הוא במקום הבעל דבר לכל אף לשבועה אבל פליאה דעת ממני איך יוכל ר"מ לטעון שאינו מזויף אחרי כי פיו ענה בו שאינו יודע טוב ההתחייבות אם כן בוודאי לא היה בשעת כתיבת ח"כ וא"כ במה יודע איפוא בברי עד שרוצה לקבל בחרם שהוא כ"י של רמ"א אם בטביעת עין הרי היה כתי' לפניכם והקפתם ולא כדמו וא"כ אין יודע שאינו מזויף אם מפני אומדנא כי אשתו אצלו מוחזקת שלא זייפה וגם בתו בחזקה זו אצלו לא מקרי ברי. ואולם מצד אחר יש לעיין הנה בעובדא דרבה ב"ש בב"ב דף ל"ג שם כתבו התוספות להקשות כי טעין נמי לקוחה היא בידי צריך הוא לישבע היסת

ותירצו

ותירצו דאין נשבעין היסת על שווא. והרא"ש שם דחה דבריהם דכל מידי דאיהו הוי מצי למטען טענינן ליתמי וחשוב ברי ושני הדיעות הביא המחבר בסימן ק"כ ובסימן קל"ג סעיף ה' הסכים רמ"א לדעת הרא"ש דטענינן לפני היתומים ברי וחייב היסת והסמ"ע חולק שם דדווקא בשהיתומים מוחזקין הסכים הרמ"א לדעת הרא"ש ומה שתירץ הש"ך הוא רק לדעת המחבר אבל לדעת הרמ"א ע"כ צריך לומר שסמך הרמ"א עצמו בסימן קמ"ט וק"כ על מ"ש בסימן קל"ג ונראה דאף לדעת התוספות וסייעתם דס"ל שאין טוענין ברי לפני היתומים היינו דווקא התם דאין אנו יודעין אם היו מורשים קיים מה היה טוען ולכך אין לטעון בעד היתומים ובפרט להשביע היסת. והנה בפרק האשה שנתארמלה הביאו שם הראשונים הירושלמי בנתארמלה טוענין ליורשים ואע"ג דטעמא דמתני' משום ברי וברי כתבו שם דטענת ב"ד חשוב ברי וזה לכאורה סיוע לדעת הרא"ש והיה נ"ל דהתוספות לא סבירא להו הכי כ"מ בתוס' כתובות דף ל"ו ע"א ד"ה החרשת שכתבו איך טוענין להו הכי וע"ש מ"ש ונראה לפי הסוברים דמה שטוענים לפני היורשים אלמנה כמאן דחשיב ברי מ"מ אפשר דמודו לדברי התוס' בב"ב דב"ד אין טוענין לפני היורשים להשביע היסת שהרי כל עיקרה של שבועת היסת טעמא משום חזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו וזה שייך רק היכא דהבעל דבר גופיה טוען לא כשהוא איננו והבעל דבר יטענו איזה חזקה יש כאן להביאו להיסת. ובאמת שצ"ע בזה על הרא"ש ואולי דעת הרא"ש דווקא היכא דאיכא חזקה דאין אדם מעיז צריך חזקה דאין אדם תובע אבל ביתומים שאינם יודעים לא שייך אין אדם מעיז ונהי דמ"מ בשמא אין להשביע דא"כ לא שבקית חיים כו' אבל היכא דהב"ד טוענים יש להשיב טענת ברי או ס"ל דלא פליגי רבנן ועכ"פ גם לדעת הסוברים דאין טוענין להיתומים ברי היינו ומפני שאין אנו יודעים מה היה הבעל דבר טוען אם היה חי אבל במצא כתי' בעזבונו של אחד שעכ"פ הרי הוא כטוען ואומר שאינו מזויף לפענ"ד מודו כ"ע ולרא"ש דטוענין לפני היתומים להשביע הסת וכ"ש בנידון דזה שיש לווה ביד הבת ואינו דומה למנה אמר לי אבא שיש לו בידך שאין אנו יודעים אם אומר האב כן אבל בכ"ד שיש כאן כתב יד ולווה נראה דלכ"ע טוענין ברי להשביע היסת עיין בסימן ע"ה בש"ך ס"ק ע"ח לענין כתב על פנקסו של אבא וכ"מ בש"ך סימן ל"א ס"ק כ"ד וע"ש. ומכל אלה נראה שנכון לפשר דעכ"פ צריך לקבל בחרם ואם א"א לפשר דעתי נוטה שצריך שבועה ואין הזמן מסכים להאריך:

דברי הקטן מאיר א"ש

סימן יא

בעזרת הש"י יום ה' מרחשון שנת תר"ח לפ"ק פק"ק אונגוואר יע"א:

שפעת שלום חיים וברכה עד עולם. וכל טוב לאהובי חתני הרב החריף ושנון. יפרח כתמר וישגה כארז בלבנון. לפני שמש שמו ינון. כקש"ת מוה' לבי כ' הרב דק"ק קרעדני עם"ז בתי ידידת נפשי הצנועה והחסודה חכמת נשים מרת שרה תחיה ובניהם הנחמדים יחיו כולם לאוי"ע:

נעימות ימינך הגיעני והנה ראיתי כבר כל אשר דברו הגאונים בנידון זה. והנה מלבד סברת הטו"ז יש בכאן חקירה אם אינו יודע אם פרעתיך חייב בלא הוי ליה למידע. וכמ"ש התומים רק שהרכיב סברת הט"ז עם ספק הזה יחד ולכאורה הטו"ז פוטר אף בענין שהיה לו ללוה למידע מטעם שכתב שכבר נסתלק והוי ליה עתה כמו א"י אם נתחייבתי לך. ואם דעתו ז"ל דא"י אם פרעתיך הוי דווקא בהוי ליה למידע אין קושיא כלל ומהך דמשאלקתני כו' דאמר דשמואל ס"ל כר"י דבו"ש ברי עדיף דהתם לא הוי ליה למידע. ואולם גם אם הטעם כמ"ש דלכך הוי כמו א"י אם נתחייבתי (עיין שב שמעתתא שמעתא א' פרק כ"ד קרוב לסופו) משום דהספק הוא בעיקר החיוב והוא הדרך הישר והפשוט (והב"ש מפני השטר קאמר או התנאי ב"ד קאמר דלא הוי מגו להוציא בדאיכא שטרא מעליא) עכ"פ אין לסתור בזה סברת הטו"ז דאיכא למימר דלהוציא ממון בא"י אם פרעתוך בעינן תרתי שיהיה החיוב ברור. וגם שלא יהיה מסולק עדיין מן הלוה:

והנה אין בידי להכריע בין ההרים הגדולים. ונכון לומר לבעל דבר דעכ"פ יש על הלוה שבועה שאינו יודע (אם המלוה חושדו) וגם לצאת י"ש יהיה חייב. וגם אם יבוא ליד המלוה מאומה מן הלוה עצמו יכול לתפוס אותו. לכן הדרך הישר שיתפשרו יחדיו ולא יהיה ריב ומצה עולם ביניהם: יהיה ה' אלהינו עמנו לחזקינו ולאמצנו לתורתו ועבודתו לעבוד אותו באמת ובלתי מונע ומעיק כחפצך וחפץ אוהבך המתפלל בעדכם

הקטן מאיר א"ש

סימן יב

להרב המאור הגדול החריף והבקי סיני ועוקר הרים. כקש"ת מוה' אברהם כ' אבדק"ק לעשנוב יע"א:

אשר חקר מעכ"ת בענין פריעת ב"ח אשר עליו נושים רבים יש אשר לו ב' וג' שטרות ויש שאין לו רק שטר אחד והלוה מסר המעט הנשאר בידו לב"ד ועתה הספק איך יש להגבות אם לפי השטרות או לפי מספר הנושים וכבר ראה מעכ"ת כל יקר בנידון זה והנה הב"ח בתשובה דעתו שחולקין לפי הב"ח ומי שיש לו שטרות הרבה אין לו יתרון על מי שיש לו רק שטר אחד ולעולם חולקין בשוה אבל דעת הפרישה בסימן כ"ג וכן דעת הש"ך שם דחולקין לפי השטרות וכן דעת הכ"ל בסימן ע"ו והב"ח הביא ראיה ממה דאיתא בב"ב דף קע"ב דאמר רבא האי דנקט שטרא בר ק' וכו' דלא משוינן ליה תרי בני חמשין משום דניחא ליה דלפגוס שטרי דמשמע דמדעת הלוה משוינן ולא אמרינן דעבדי הכי כי היכי שיטול שני חלקים ומה שדחה הש"ך בסימן כ"ג דחה התומים בסימן ק"ד ס"ק י"ד והכ"ל דחה ראיה זו דמדעת הלוה כותבין מזמן השני והתומים כתב דלגבי קרקעות דקנאם אח"כ וכן לענין המטלטלין אכתי יש הפסד שיקח שני חלקים והנה הוא ז"ל עצמו סותר זה דמדעתו הרי יכול לכתוב לו כמה שטרות מזמן השני והתומים כתב להוכיח מדאמר טעמא דניפגום שטרא ולא קאמרינן הטעם מפני הפסד שלא יטול שני חלקים דעדיף מטעמא דניפגום שטרא דאז אע"ג שיש נאמנות בשטר ובזה וודאי איכא למימר כיון דמיירי מזמן השני ושלא מדעת הלוה אין לחוש כיון שיש למלוה נכסים וסברא זו מליכו בהך ערב מעיד והוא דאית ליה ארעא אחריני וגם מפני טעמא דנפגום לא מהני גם אם פירשו בשטרות שכותבין שבאין משטר אחד דלענין להקשות מפני מה אמרו טעמא דנפגום ולא מטעמא דפסידא דמלוין אחריני וודאי איכא למימר דרבותא יותר לחוש לטעמא אע"ג דבלאו הכי יכול לומר אישתבע ליה דלא פרעתיך מהאי טעמא דפסידא ומ"מ גם התומים כתב דאין הכרח מזה מטעם אחר כמבואר שם. והנה התומים חילק דבשטר גמור יש להגבות לפי שטרות אף שההלוא' נעשית בפעם אחת אבל בכתב יד אם ההלואה נעשה בשני זמנים יטול שני חלקים אבל אם ההלואה נעשית בפעם אחת כיון שאין הכתב יד עושה שיעבוד אין לו אלא חלק אחד משא"כ בשטר שהשטר עושה שיעבוד וצ"ע לפ"ד א"כ אם יתן לו הלוה שני שטרות על מלוה אחת על סך אחד ראוי שיטול שני חלקים כיון שהשטר עושה שיעבוד (וכ"ש למ"ד עבז"ל דפסקו תוספות והרא"ש וסייעתו כן) ועכ"פ בשני כתובות וגט דאמרינן סוף הכותב דאם לא כתב ואוסיף ליה דיקלא ביטל הכתובה ראשונה והא וודאי משתעבד ג"כ מכח נישואין שכיים ואמאי ניחא דביטל הכתובה הראשונה ניחא הא דהדר כתב לה כדי שתטול שני חלקים אם לא יהיה לפרוע לכולם אע"כ מוכרח כהב"ח דלעולם אין הולכין רק אחרי מנין הנושים ולא אחרי השטרות:

ועכ"פ לא נמצא לאחד מן הפוסקים הללו שהכריעו מן הש"ס איך יחלקו בראיה ברורה ומ"ש התומים מן

הסברא

הסברא הרי הב"ח כתב מן הסברא להיפך דכל הנכסים נשתעבדו לכל אחד מן הנושים ואין הפרש לדעת הרי"ף וסיעתו החולקים על ר"ח בין שטר אחד לשנים ולענין מ"ש התומים דבמטלטלין היה ראוי לפסוק כר"ח כיון דלא שייך שיעבוד במטלטלין כתב מעכ"ת כי' שלא ראה דברי הראב"ד בתמים דעים דכתב להדיא דגם במטלטלין חולקין לפי הנושים ולא לפי הממון. דברי תמים דעים שם הם העתקת דברי הרי"ף מלשון ערבי ללשון הקודש כמו שייעד הרי"ף בהלכותיו שם לפרש בלשון ערבי ג' הלכות שם וכן בתשובות הרמ"ע הועתקו ההלכות האמה ללשון הקודש אבל דעת הראב"ד עצמו בפרק י"ז מהלכות אישות כר"ח דחולקין לפי ממון יע"ש ובהר"מ ופשוט דדעת הרי"ף עצמו דגם במטלטלין יחלוקו לפי הנושים והתומים כתב רק דלפי מה שהכריע ברים סימן ק"ד כהסמ"ע דאין דין קדימה במטלטלין משום דלא חל עליהם שיעבודא כלל היה ראויה עכ"פ לפסוק במטלטלין כר"ח ובעיקר מה שדקדק התומים מדברי הפוסקים דאין שיעבוד במטלטלין כלל. הנה מדברי הרשב"א שהביא הוא עצמו שם לכאורה משמע להיפך שהרי משמע שם בדבריו דמד"ת אין חילוק בין מטלטלין לקרקע מיניה דידיה עקרוה רבנן וכן הרמב"ן במלחמותיו לפסחים בסוגיא דהרהינו אללו מסיק לבסוף דמד"ת אין חילוק לענין שיעבוד בין קרקע למטלטלין והראב"ן בסימן ס"ע גם הוא כתב בפירוש דמדאורייתא אין חילוק בין קרקע למטלטלין ויליף לה מדכתיב יוליא לך עבוט החולה דמכתא ליה ועתה תיקשי לדעת רב האי גאון דמלוה על פה מוקדמת קודם למלוה בשטר מאוחר בבני חרי וכמותו פסקו הרב"י והרמ"א בסתם וה"ע משום דשיעבודא דאורייתא אע"ג שהיה יכול להבריח ולמכור אפ"ה קודם המלוה על פה ולמה במטלטלין דגם משועבדים מד"ת לא יהיה דין קדימה ומ"ש במטלטלין לא שנכה דעתא דמלוה אינו מספיק דהא הזכן דמד"ת משתעבדי וגם דוחק ההפרש בין מטלטלין למלוה על פה. ולריך לומר לדעת הסמ"ע וסיעתו שסנה ושילם כמה פעמים ברים סימן ק"ד וכן בס"ק ל"ח דאין דין קדימה במטלטלין ולא פירש לנו הטעם (ובאמת לדעת רש"י שפוסק כר"ל דמשיכה קונה ולא כסף בישראל מישראל היה חילוק נכון בין קרקע למטלטלין והארכתי בזה בסוגיא דמעות קונות ואכ"מ) ולריך לומר דההפרש הוא דמלוה על פה אע"ג דלאחר התקנה גם הקרקע יכול להבריח ולמוכרו לאחר מ"מ סמוך עליה הב"ח משום דמאן דזבין בפרהסיא זבן וישמע המלוה אם ירלה למכור ויקדים עצמו לגבות חובו מה שאין כן במטלטלין שאפשר לו למכרן בלנעא על ידי אחר כמ"ש הראב"ן ולכך לא סמיך עליה כלל ועדיין דוחק קלת ויותר נראה לפמ"ש הרמב"ן בחידושיו בב"ב דף מ"ד ע"ב דה"ע דלריך לכתוב משעבד מטלטלין אג"ק דלא כאסמכתא וכו' הייכו משום דאמרינן בעלמא ככסי דב"כ איכון ערבין ביה ואמרינן בערב דהוי אסמכתא אלא בהאי הכאה דקא מסימן ליה גמר ומשעבד כפשיה לפיכך מטלטלין דומין לאסמכתא דאם לא ימלא קרקע וימלא מטלטלין שיפרע מהן לריך לכתוב דלא כאסמכתא אבל קרקעות עיקר שיעבודו ולפ"ז להפוסקים דאסמכתא מד"ת קני רק מדרבנן לא קני אסמכתא יהיה במטלטלין שיעבוד מן התורה רק כיון דרבנן תקנו דלא יקנה אסמכתא כלל ולכך אפילו מיניה דידיה אין כאן שיעבוד במטלטלין וכ"ש אם אסמכתא מדאורייתא לא קני לכך אין דין קדימה במטלטלין. אבל מלוה ע"פ אף לאחר התקנה שיכול למכור הקרקע מ"מ וודאי עלייהו סמיך שיפרע מהם בין מיניה בין מיתמי וגם אינו יכול להבריחם בלנעא אין בהם משום אסמכתא כלל מה שאין כן במטלטלין ואתו לן בזה מה דקשיא על הסמ"ע וסיעתו דהרי בערכין משמע דיש דין קדימה במטלטלין ולהנ"ל ניחא כיון דעיקר הפקעת השיעבוד במטלטלין הייכו משום אסמכתא והרי אין דין אסמכתא להקדש כמבואר ביו"ד סימן רכ"ח :

והנה מה שפסקו רבותינו בעלי ש"ע בפשיטות כדברי הרי"ף דחולקין לפי הנושים לא לפי הממון כדעת ר"ח אע"ג דבאמת לאו יחיד הוא שהרי הראב"ד סבירא ליה ג"כ הכין וכן בש"ג בשם ריא"ז ומבואר יותר דעתו בספר המכריע בסימן מ"ע וגם הריטב"א בכתובות בחידושיו הסכים לדעת ר"ח והוא בתרא מ"מ פסקו רבותינו בעלי ש"ע כרי"ף וסיעתו אם מפני שהם רבים וגם כיון שאין אחד מוחזק לא ראו לגרוע חלקו של ב"ח קטן אבל עכ"פ אין הדבר מוחלט לדחות דברי ר"ח וסיעתו לגמרי. והנה דעת מהריב"ל וסיעתו דמוליאין ממון עפ"י ספק ספיקא כמבואר בתקפו כהן להש"ך והש"ך חולק וכ"כ דעת התומים ושאר האחרונים והייכו להוליא מידי המוחזק אבל כשאין כאן מוחזק כלל והרי כבר ראינו שאין הדבר ברור לדחות דברי הב"ח דאין יתרון לבעל שני שטרות אלא דרוב האחרונים דלא כוותיה לפענ"ד למעשה יש לנו לפסוק אם יש כאן למשל ארבעה נושים לשלשה יש לכל אחד שטר על מנה ולאחד יש לו שני שטרות כל אחד על מנה יש ליטול בעל שני השטרות שני חלקים והנושים אחרים כל אחד חלק אחד דהרי יש כאן שני לדדים להגבות לו פי שנים דלמא קי"ל כר"ח ואת"ל כהרי"ף דלמא אף לדידיה חולקין לפי השטרות אבל אם יש ד' נושים לאחד יש לו שני שטרות כל אחד על מנה ולאחד יש לו שטר אחד על מאתים ולשנים יש לכל אחד שטר מנה בזה לדעת הר"ח וסיעתו כח בעל השטר המאתים שוה לכח בעל שני שטרות ועתה אם יש כאן חמש מאות זהובים לחלק לדעת הב"ח היה מגיע לכל אחד מן הנושים קכ"ה זהובים אם באנו לזכות בעל שני השטרות מכח ספק ספיקא הנ"ל דלמא קי"ל כר"ח הרי לבעל המאתים כחו ושעירו בא"ס ושטרו על מאתים רק דלולא בעל שני השטרות היה נוטל קכ"ה זהובים לזאת גם עתה יטול בעל שני השטרות קע"ה זהובים ובעל המאתים בשטר אחד קכ"ה זהובים וכן לעולם יחלקו לפי השטרות לעומת בעלי החובות שיש להם רק שטר אחד קטן כמו שטר אחד ושני שטרותיו אבל לא יהיה יפה כחו ככנגד מי שיש לו שטר סך גדול ממנו לא יוגרע ע"י ריבוי שטרותיו של זה מאשר יחלקו לפי הנושים זה הנראה לפע"ד ומעכ"ת ישקול הדבר במאזני שכלו וה' עמו בדבר המשפט וה' יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות :

הקטן מאיר א"ש

סימן יג

בעזה"י יום ו' עש"ק ר"ח אלול תד"ר לפ"ק אונגוואר :

יפה פרי תואר קרא ה' שמו. ברוך הוא ברוך טעמו. ויהי ה' אלהיו עמו. ה"ה כבוד ידיד ה' וידיד נפשי הרב החריף והבקי סיני ועוקר הרים פאר הנגידים ונגיד היקרים כקש"ת מוהר"ר ברוך ענגלענדער כי' :

אבקש ממנו לבל ישים אשם על נפשי על אשר לא השבתי על מכתב אשר כתב הרבני מוהר"ר יעקב ילחק כי' דיין דק"ק קאלוב. והדרת כבודו ובנו הרבני מוה' יעקב כי' ג"כ בקשו להשיב לו. אל יחר בעיניכם. הנה הדבר לפלא הוא בעיני אחרי אשר הדבר פשוט לפני הדיין שהדין עם בני ראובן מטעם שכתב שם כאשר ראה מעכ"ת כי'. ולפ"ד לא כתב כן בעלמו ובהלכתו. א"כ ממ"כ אם אין חולק מה זו בשאלה. ואם יש חולק למה לא כתב סברת החולק. ומה דעתו לחלוק על דברים פשוטים לפי דברי הדיין. לזאת חשבתי שיש עוד דברים בגו ושוא"ת עדיף. ואולם אל הדרת כ"ת כי' אומר כי לפענ"ד נראה דוודאי אם אין כתב יד של אבי ראובן שכתוב בפנקס שלו כיכר ומקוים אין להוליא המקום מחזקת בני ראובן. ואין זה ענין דאין לבן חזקה בנכסי אב כי נראה בעליל שראובן קנה המקום ההוא וכמ"ש הרבני המופלג הדיין. ואולם אם יש לקיים כתב ידו של אבי ראובן שכתוב בפנקס דהמקומות שלו הם א"כ הוא כהי דאף המקומות א"א להוליא מחזקת בני ראובן. מ"מ הרי נראה מדבריו של הדיין כי מפורסם ונודע לכל שהיה ראובן חייב לאביו סך רב רק שאין להוליא מהם מפני מחילתו בלוואתו והרי חשב המלוה כי במה שהלוה על המקומות נחלטו לו המקומות בבהכ"נ. וא"כ כשיערוך דמי המקומות לא מחל. ואחרי

כי

כי כ"י אבי ראובן מקויים הרי הוא כטוען לפניכו את זה מחלתי מחובות בני ולא יותר זה הנלע"ד ומעכ"ת ני' יבחר הן בגוף הדבר אם נכון בעיניו. והנה אם להודיע לזולתו מה שכתבתי בזה ובטוח אני בו בעזה"י כי האמת והשלום יאהב כמשפט אוהבי ה' וחושבי שמו דברי ידידו שוחר טובתו אוה"כ:

הקטן מאיר א"ש:

ופ"ש להרבני המופלא ומופלג מוה' יצחק ני' אדרוש שלומו ויסלח נא על מניעת תשובתי כי לא חלילה הוקל בעיני כבוד ת"ח ודייני ישראל יחיו רק מטעם הנ"ל כי סתם מעכת"ר ני' לצד ההיתר ובעניות דעתי יש קצת לדון על הדברים הפשוטים בעיניו לזאת אמרתי יפה השתיקה ואתו הסליחה:

הקטן מאיר א"ש

סימן יד

שלום להרב החריף והשנון. לפני שמש שמו ינון כש"ת מוה' זלמן ליב טייטיל בויס ני' (וכעת הוא הגאון אב"ד דק"ק סיגעטה יע"א):

מה שהקשה מעכ"ת על הש"ך וג"ת בח"מ סימן כ"ב ס"ק א' בשנכלל בשטר ריבית דרבנן עם הקרן בזה לכ"ע גבי ממשעבדי דע"כ לא גזרו התוס' קרן אטו ריבית אלא בדאורייתא יע"ש שהקשה על זה מהך דפרוזבול המאוחר דפסול ויעויין בתוי"ט פרק י' דשביעית משנה הוא דפסול הפרוזבול לגמרי אף אם היה הלואה קודם להיום שנכתב בו הפרוזבול וגם כן הטעם משום גזירה יע"ש והרי שביעית בזמן הזה הוא דרבנן קושיא זו כתיבה היא אתי מכמה שנים על דעת הגדולים הללו ואמרתי אז דלכאורה פליגי בסברת הש"ך וג"ת הללו הרמ"ה והטור בסימן מ"ג דהטור בסימן מ"ג הביא שם דעת הרמ"ה דאם כתב מלות בניסן ולא לוה עד תשרי פסול לגמרי טורף לקוחות מתשרי ואילך והטור השיג עליו דנהי דניתן לכתוב מ"מ איכא למיחש שמא יגבה מניסן שלא כדין ואמרתי דהרמ"ה סובר כדעת הרא"ש בפ"ק דב"מ שהקשה על הרי"ף שפירש שטר הקנאה היינו שטר שיש בו קנין דמה חילוק יש בין יש בו קנין לאין בו הלא כיון שכתב בשטר פלוני לוה מפלוני נשתעבדו נכסיו אלא דה"ע דר"א דאית ליה שלא זכה משעת חתימה לגבות מן הלקוחות משום דלא נפיק קלא עד שימסור השטר לידו של המלוה וכו' יע"ש דמבואר מדבריו להדיא דכיון דשיעבודא דאורייתא מן התורה ראוי שיגבה משעת כתיבה וחתימה רק משום פסידא דלקוחות תקנו רבנן שלא יגבה משעת חתימה דלית ליה קלא ולפ"ז לא קשיא להרמ"ה דאמאי לא ניחוש שמא יגבה מזמן ראשון כי יש לומר דס"ל כדעת הש"ך וג"ת הנ"ל ולזה תו כתב בניסן ולא נתן עד תשרי כיון דמדאורייתא גבי מזמן ראשון ורק מדרבנן לא גבי לא גזרינן שמא יגבה והטור לית ליה הך דהש"ך וג"ת והארכתי עוד בזה קצת ליישב מה שהקשה על הטור דנראה מדבריו דמודה להרמ"ה דכה"ג מקרי ניתן לכתוב רק דפסיל ליה מפני חשש שמא יגבה מזמן ראשון וקשה מאי פריך רבינא על ר"י כיון לא ניתן לכתוב:

ואולם קשה באמת לדעתו מפרוזבול המאוחר שפסול ועיין בתוי"ט ותומים ורציתי לומר על פי מה שכתב הר"ן בתשובה האחרונה דאף לדעת הרי"ף וסיעתו דשטר מוקדם כשר לגבות מב"ח מ"מ פרוזבול פסול לגמרי דכיון שכל עיקרו של פרוזבול בשביעית לא משמטת על ידו אינו רק כתיבת השטר לא דמי להלואות דהחוב בא למעשה ההלואה אבל כאן עיקר הפעולה אינו רק השטר וכיון שאין לו דין שטר ממילא פסול לגמרי וא"כ היה אפשר לחלק ג"כ בזה אע"ג דשביעית בזמן הזה דרבנן מ"מ כיון שאיחר הזמן ונעשה בפסול אין לו דין שטר ופסול לגמרי ולא מקשי תלמודן על שטר מוקדם דלגבי מזמן ראשון רק בהלואה דעיקר השיעבוד נעשה ע"י ההלואה וגם קול יוצא כיון דאיכא שטר מפקי עדים לקלא וראוי לגבות עכ"פ מזמן ראשון אם לא משום גזירה אבל בפרוזבול עיקרו השטר וכיון שאיחרו הזמן ונעשה בפסול אין לו דין שטר כלל אלא בסוגיא שם בהך בניתן לכתוב לא משמע כן ומתשובות הר"ן אין ראיה דהר"ן לא קאמר דאין לו דין שטר רק אחרי דאיכא גזירה שמא יגבה וכו' ושלא תאמר כמו בשטר מוקדם איכא ג"כ גזירה דשמא יגבה ואפ"ה הכשירו לגבות מב"ח וכן בפרוזבול לזה אמר דיש הפרש מטעם הנ"ל אבל אם לא היה כאן גזירה כלל מצד שהוא דרבנן היה ראוי להיות עליו תורת שטר:

ויותר נראה דיש הפרש בין פרוזבול לאבק ריבית דהרי בגטין פריך ומי איכא מידי דמדאורייתא לא משמטא שביעית ותיקן רבנן דתשמיט ומשני רבא הפקר ב"ד הפקר וזה סברא דאורייתא ואם עבר המלוה וגבה אחר שעבר עליו שביעית מוציאין אנו וכ"כ הבעל התרומות בשער מ"ה חלק א' אות א' בשם הרמב"ן וממילא אם יגבה חובו בפרוזבול זה יעבור על דין תורה כי הפקר ב"ד הפקר מה שאין כן באבק ריבית אף על גב דאסרוהו חכמים מ"מ אם גבה לא מפקינן מיניה ואין בגבוייתו רק איסורא דרבנן ואיכא למימר דלא חששו חכמים בזה שמא יגבה גם הריבית:

ויש לעיין לדעת הרמב"ן שכתב דאף בריבית דאורייתא אם כלל הקרן והריבית גובה את הקרן ולא דמי לשטר חוב המוקדמין דהתם אם מזמן השני מן הלקוחות יגבה כל החוב שלא כדין מן הלקוחות ולכך אינו גובה כלל אפילו מזמן הראשון מה שאין כן בשטר שכלל בו קרן וריבית שאף אם יגבה הקרן וריבית מ"מ בקרן יעשה איסור משמע מדבריו דלא גזרינן אלא הממון שיכול לבוא בו לידי איסור וקשה הרי בפרוזבול שיש למלוה בהחוב בניסן וחוב בסיון ועשה בפרוזבול באיסור ואיחרו הזמן לאחר סיון דפסלינן ליה ואינו גובה אפילו חובו של ניסן מחשש שמא יגבה חובו בסיון ומה בין זה לקרן וריבית הרי אף כאן גם אם יגבה חובו של סיון מ"מ בחובו של ניסן לא יעשה איסור ואפ"ה פסול לגמרי ורחוק לומר דהתם באותו גבייה יש בו צד היתר אין טעם לחלק בזה ואולי אית ליה להרמב"ן הך סברא שאמרנו לעיל מתשובת הר"ן ויתכן לומר דהג"ת כוונתו דכיון דהרמב"ן סובר דבכלל הקרן וריבית לא גזרינן כלל שמא יגבה (וע"כ יש חילוק בין קרן וריבית להך דפרוזבול) נהי דשאר הפוסקים חולקים וגזרו אף בהא מ"מ איכא למימר דלא גזרינן רק היכא דאיכא איסור דאורייתא אבל בדרבנן מודו להרמב"ן:

והאמנם ק"ל עוד לדעת הש"ך וג"ת דהרי ע"כ הא דחיישינן אם הקרן והריבית כוללים יחד שמא יגבה הריבית אין חשש שמא יפרע הלוה מדעתו דא"כ אף בריבית מפורש מי יעכור בעדו אלא ע"כ דחיישינן שמא לא ירצה הלוה לפרוע ואם הכל כלול יחד יגבה בב"ד שלא מדעתו ולא יהיה כאן לומר שיש בו ריבית וכ"כ הרי מבואר בי"ד סימן קס"א דהא דא"ר אינו יוצא בדיינין היינו בשנתן לו מדעתו אבל בע"כ יוצא בדיינים וכתב הש"ך שם דה"ה אם בתחלה לא היה לו ראיה וא"כ בירר שהוא א"ר והיינו מטעם שכתב הב"י בשם הריב"ש וז"ל גזל הוא בידו וכתב אבל אם קודם שאכל לע"ק עליו שלא יאכל והלא מוציא ממנו בע"כ גזל הוא בידו ומוציאין ממנו עכ"ל וכיון שכן איך יקרא איסור דרבנן ומדוע לא נגזור אם כלולים יחד ובאמת מלשון הטור בי"ד סימן קס"א שפתח שטר שיש בו ריבית בין דאורייתא ובין דרבנן משמע שלא כדבריהם וגם מתשובת הר"ן משמע שלא כדבריהם יע"ש:

דברי ידידו דוש"ת. הקטן מאיר א"ש

סימן טו

בעזה"י סוגיא דהילך ריש ב"מ תחילת החורף והיה כעץ שתול וגו' מים אשר פי"ג עינינו ביום קראנו לפק"ק יארמוט יע"א.

תוספות ד"ה ותנא תונא הכיתו בקושיא דאם הסיוע ממתני' משום דאם הילך פטור לא הוי מתקני רבנן שבועה דליתי' דכוותי' באורייתא א"כ אמאי לא קאמר מהאי טעמא גופא דתנא תונא קאי על ר"ח קמייתא ואם משום דהוי כמודה זאת לא היה הפירכא מעיקרא כי קאמר דתנא תונא קאי על ר"ח קמייתא ולפענ"ד יתכן לומר דוודאי כל כמה דלא נשבע שיש לו בה וכו' אין לחשוב מה שהוא תפיס כמודה לו דהוא שלו דאיך יחשב כמודה והוא מחזיקו לשבע ולכל היותר לא נחשב מה שהוא תופס בטלית רק כהעדאת עדים אבל אחרי שנשבע אז יתכן לומר דנחשב מעתה כאלו מודה לו דאע"ג דמעיקרא אמר שכולה שלו והוא הגבי' הטלית לבדו או לו כתרלה המוכר בלבד מ"מ אחרי שנשבע שייך לומר דאם מתקני רבנן שבועה הוא שבועה דליתיה דכוותיה באורייתא כיון דכל אחד מלי למימר שהוא רוצה לישבע ואז חייב השני שבועה מדינא שוב אע"ג שלא נשבע עדיין מ"מ לא הוי שבועה דליתי' דכוותיה באורייתא ולפ"ז ניחא דוודאי כי אמרינן דתנא תונא קאי על ר"ח קמייתא א"א לומר דהסיוע משום דאע"ג דשבועה זו תק"ח בעינן דליהוי כעין דאורייתא דהא לאחר שנשבע הוא כמודה ושפיר הוי כעין דאורייתא וע"כ מעיקרא הוי סובר דשבועה דמתניתין הוי מדינא וכ"ה בש"מ דמעיקרא הוי סובר דשבועה דמתני' מדינא הוי וא"כ פריך שפיר הא איכא שהדי להאי ולהאי אבל אם קאי תנא תונא על הילך ניחא דאיכא למימר דמתני' הוי כעין דאורייתא משום דלאחר שנשבע אחד מהם הוי חיוב תורה על השני משום דאח"כ הוי כמודה לו ומוכח דהילך חייב:

ור"ש הילך פטור דעת רוב הפוסקים דבפקדון א"צ שיהיה מוכן בידו וראיתי בספר קצות החושן שכתב דאפ"ה אם טוענו שני מדות חטין קניתי ממך באולרך והלה אומר אחת נשבע ולא הוי הילך כיון שיכול ליתן לו כל שני מדות שירצה דהיינו מחטין שירצה לא הוי הילך והביא ראיה מדברי המיימוני יוסף לקמן במתניתין דהמחליף פרה בחמור שמפרש דהא דתני זה אומר עבד גדול קניתי והלה אומר א"י דזכה בגדול מיירי שהיה עסק שבועה ביניהם שטוענו עבד גדול בכסותו ומגו דמחייב אכסות מחייב נמי אעבד והוי משאל"ל דמשלם וכתב המיימוני יוסף ולא הוי הילך כיון שיכול ליתן לו מבגד זה איזה שני אמות שירצה וה"ה הכי נמי וע"ש שכדחק לפ"ז בהא דקאמר ותנא תונא דהא הכי איכו מקויים איזה חלק שמגיע לו מ"מ כיון דביד ב"ד הדבר תלוי הוי הילך יע"ש מבואר מדברי קצות החושן דאע"ג דקני חטין ההמה בק"ס אפ"ה כיון שיכול ליתן לו איזה שירצה לא הוי הילך מדרתי לנפשיה מהא דתנא תינא ולא ירדתי לסוף דעתו ז"ל דכהי דמהא דחשיב שטר הילך אע"ג דיכול ליתן לו מנה שירצה אפשר לדחות משום דכגבוי דמי מ"מ קשה מאי פריך מהך דטענו כלים וקרקעות וכן מהא דאיצטריך למעוטי קרקע משבועה אם הילך פטור ולפ"ד יקשה דהרי דעת התוס' והר"ן פ"ק דגיטין דאף בקרקע אם מכר לו שדה סתם קנה אלא שיכול ליתן לו איזה שירצה הפחות שבשדותיו ודלא כהרי"ף וסיעתו שם ולפ"ז מאי פריך הא איצטריך אם תבעו שני קרקעות מכרת לי והלה מודה באחת דהילך לא הוי כיון שיכול ליתן לו איזה קרקע שירצה ומיעטה התורה משבועה ודחוק לחלק בזה בין קרקע למטלטלין לענין דבר שאינו מסויים ול"ע ולפענ"ד אין הכוונה במיימוני יוסף כדברי קצות החושן דודאי אם קנה סאתים חטין בק"ג מאוצרו אע"ג שיכול ליתן לו איזה שירצה הוי הילך אלא המיימוני יוסף שם קאי במוכר עבד בכסותו והרי הכסות מטלטלין ואינו נקנה אלא במשיכה או בק"ס ונמצא עיקר תביעתו על דמי כסות גדול והדמים הן זוקקין את השבועה עליו לא הכסות דהרי אם ירצה לחזור בו אין עליו אלא מי שפרע ואין מפני הכסות שבועה אלא מפני הדמים והדמים וודאי לא הוי הילך אלא דכיון דגם לדעת הפוסקים דמשכון לא הוי הילך מ"מ אם רוצה לתת לו משכון ויהיה לו רשות למוכרו בלא שומת ב"ד לכ"ע הוי הילך א"כ אף כאן כיון שזה קנה ממנו כסות והוא רוצה ליתן לו כסות כהי דנא קנה הכסות ולא שייך לומר דכל היכא דאיתה ברשותיה דלוקח הוי מ"מ לא יגרע ממשכון ועדיף מיניה כיון שהוא רוצה ותובע כסות והלה מודה לו לזה אמר כיון שאינו מקויים שיכול ליתן איזה שתי אמות שירצה איך יכול לומר דשתי אמות אלו בברור יתן לו וכיון דלא קנה הכסות עלמו אינו הילך אבל כל היכא שקנה ק"ג שאין יכול לחזור בו לדעת האומרים דפקדון לא בעינן שיהיה בידו ה"ה כה"ג לא בעינן שימכור לידו אע"ג דלא הוי מסויים ולא בעי המיימוני יוסף שיהיה מקויים רק התם משום שאין כאן קנין גמור לא הוי הילך רק מפני תורת משכון וזה מפקיע דבר שאינו מסויים ול"ע:

בתוספות ד"ה ור"ש כתבו דבספר חפץ פסק דהילך חייב וראיתי בסמ"ג וכ"ה בהגהות מיימוני פ' ד' מהלכות טוען שכתבו דר"ת ור"ח הביאו ראיה ממתניתין דזה אומר עד הזית וזה אומר עד החלון דהילך חייב והדבר תמוה וכי ר"ש לא ידע מתני' ומאי דמשני ר"ש על מתני' מדוע לא יתכן לדידן ואפשר לומר כי כבר תמהו האחרונים על דברי התוס' וקיעתם דמוקי מתני' דזה אומר עד הזית בשהרקיבו הפירות דא"כ איך יפרש הך דכים מלא מעות והש"ך כתב דמיירי ג"כ שהאלידו ובאמת כן הוא בש"מ לקמן בסוגיא דשאלה ושכורה דהראב"ד הקשה מכים מלא מעות והרז"ה שני לו דמיירי שהאלידו ונקלה כורתן עכ"פ הרי ראינו דדחיקא להו לרבותינו לומר על כים מלא מעות דמיירי שאינן כעין שכתבו לו ולזה כתב הלח"מ דמיירי בהלואה וזה שהוא משיב מה שהכחת אתה נוטל הייכו שלא הוציאם והרי הם בעין ומה שהלוה לו יטול ולפ"ז תשמע דעכ"פ אם היה הטענה וההודאה דבר שבמדה ומכין היה חייב אע"ג שהוא בעין משום דמלוה להוצאה נתנה ומיהא יתכן זה לדידן דלא קי"ל כר"מ אבל לר"מ דאמר קידושין דף מ"ז דמלוה ברשות בעלים לחזרה ולרבנן דבי רב אפילו לאוכסין ולרבה דמחייב באוכסין היינו משום דלא גרע משואל ועכ"פ כראה מבואר דלר"מ מלוה קודם שהוציאה הוי כפקדון והרי במתני' דזה אומר עד הזית וכו' קתני בהך מתני' גופא פלוגתא דר"מ ורבנן בענבים העומדות לבצור במחובר לקרקע אם כקרקע דמי ומדלא פליג בהא משמע דמודה לתנא א"כ מוכרח דהילך חייב וצ"ל לרב ששת או דלא ידע מהך מתניתא דקידושין או דהוי מפרש לה לפלוגתיה באופן אחר ומנאי דמפרשי לה רבנן דבי רב ורבה שם וא"כ שפיר מלינו לומר דהילך פטור ומתני' מיירי בהלואה אבל לפי מאי דמפרש בקידושין דר"מ סובר מלוה ברשות בעלים לחזרה עכ"פ אליבא דר"מ קשה לפרש מתניתין דגם הלואה דין פקדון יש לו ומוכרח דהילך חייב:

ויתכן עוד לומר עד"ז כבר אמרנו דדעת רוב הפוסקים דבפקדון כל שהוא בעין הוי הילך אע"פ שהוא באגם ולא בעינן שיהיה בידו רק בהלואה ודקדקו כן מהא דאמרינן בסוף סוגיין בהך ג' פרות דמתו בפשיעה ולא הוי הילך ולא מוקי לה בעומדת באגם וכן מסוגיא דפרק השואל ואולי צריך ביאור מכדי לר"ח הילך חייב דהוי מודה במקצת מכין לנו לאפושי פלוגתא בין ר"ח לר"ש ולאמר דלר"ש אפילו בקיימא באגם הוי הילך וצריך לומר דפסיקא לתלמודן שאין טעם לחלק בפקדון דאם כשהוא מוכן בידו לתת לו לא הוי מודה במקצת ה"ה והוא הטעם אף כשאינו מוכן בידו וקיימא באגם דהוי הילך ופטור ואולם יתכן לומר דהדבר תלוי בשני תירוצי תוס' שהקשו מכ"ל דהתורה לא חייבה שבועה רק במודה במקצת ולא בכופר הכל ותירצו לעיל דף ג' ע"א וכן בגיטין דף כ' דכי הוא זה משמע גזה"כ דווקא מודה במקצת לא בכופר הכל ובכתובות דף י"ז ע"א תירצו עוד דמודה במקצת ראוי לחייבו שבועה יותר משום

דהוי

דהוי כמו גלגול שבועה מתוך שהוא חייב לו ממון מגלגלין עליו שבועה והנה לתירוץ הראשון דגזה"כ הוא דלשון הכתוב מודה על מודה במקצת דווקא אז וודאי ראוי לומר אחד משני דרכים. או דלא חשיב מודה במקצת כ"א בשהוא מחייב עצמו וגופו ואז אפילו אין הפקדון מוכן בידו ראוי להיות הילך ולפטור. או דאין צריך רק שיחזיר לו מקצת טענתו חשיב מודה במקצת ושוב אפי' הילך גמור שמוכן בידו ליתן ג"כ לא מיפטר משבועה דמבמ"ק וזה היה סברת תלמודן ע"כ אמרו דווקא דמתו בפשיעה ואולם לפי תירוץ השני דטעם חיוב מודה במקצת יותר מכופר הכל הוא משום שהוא כעין גלגול מתוך שיש לו ממון עליו מגלגל עליו שבועה אזי וודאי איכא למימר דאם מוכן בידו ומחזירו לו לא מחייב שבועה שאין כאן גלגול כיון שהוא מוכן בידו הודאתו אין זוקקו עוד לשבע על השאר אבל אם אינו מוכן בידו אע"ג דהוא פקדון וכל היכא דאיתא ברשותיה דמריה איתא מ"מ הרי עליו להחזירו לו ועדיין יש לו עליו תביעת ממון וכל עוד שלא החזירו לו לא נסתלק חובת שמירתו ממנו ויש לו עליו גלגול לזקקו לשבועה והנה נראה דתירוץ הלזה שהוא מצד גלגול אינו רק לתירוץ ראשון בתוס' שבועות בסוגיא דטענו חטין דאף לרבה ב"נ דאמר טענו חטין והודה לו בשעורים פטור ומדמי שעורים היינו דווקא לרבנן דפטרי בטענו חטין והודה לו בשעורין משבועה אבל לר"ג דמחייב בשבועה מחייב נמי בדמי שעורים יתכן תירוצם ז"ל אבל לפמ"ש התוס' שם בתירוץ השני וכן כתבו בש"פ המניח דלרבה ב"נ אף לר"ג פטור מדמי שעורים מפני הודאתו או מחילתו ואפ"ה מחייב בשבועה א"כ איך אפשר לומר שהוא מפני הגלגול דהרי לר"ג וכן לרבנן אי לא כתב רחמנא כי הוא זה היה מחייב בשבועה אע"ג דפטור מדמי שעורים ולפ"ז ניחא דוודאי לר"ש עצמו אפשר דלא ס"ל דרבה ב"נ וס"ל טענו חטים והודה לו בשעורים חייב לכ"ע בדמי שעורים א"כ אפשר לומר דחילוק בין מודה במקצת לכופר הכל היינו משום גלגול שבועה כתירוץ התוס' ולזה יתכן לומר דהילך פטור ודווקא אם מוכן בידו ולא דקיימא באגם ולא קשיא ליה מתני' דזה אומר עד הזיז וזה אומר עד החלון כמובן. אבל לדידן דקי"ל כרבה בר נתן ואין טעם לחלק בין דקיימא באגם למוכן בידו דאם הילך פטור אף בקיימי באגם פטור ותו א"א מכח מתני' דזה אומר עד הזיז וכו':

והקשה בש"מ למ"ד הילך פטור תקשי קושית התוספות לעיל בד"ה הצד השוה דכופר הכל יוכיח ומה שתירצו דבמודה במקצת יש טענה חשובה ולכך יש שבועה · הרי גם אם מודה במקצת ואומר הילך יש שם טענה חשובה ואפ"ה פטור ותירצו דכיון שאומר הילך הוי כאלו כל הטענה והכפירה רק על הנשאר שהוא כופר ולא נקרי טענה חשובה וראיתי במשנת דר"ע שהביא בשם הגאון מהרל"ה ה"ש שהקשה קושיא זו ותירץ דר"ח לטעמיה דס"ל הילך חייב והמחבר רצה ליישב בזה הא דר"י ס"ל בירושלמי דלא כר"ח משום דס"ל הילך פטור ובאמת לפמ"ש הט"ז בביאור דברי התוס' הללו שאין קושייתם לומר דכופר הכל יוכיח וא"כ נסתר ק"ו דר"ח על מה הצד ומגופי' פרכינן מעלמא לא פרכינן אלא דכלל זה אינו רק דאין להביא יוכיח ממעלמא ומדבר שהוא מפורש שאין האומר זה נוהג בו כגון שאם באנו לפרוך קל וחומר דבב"ח אסור בהנאה ויליף לה במה הצד ובאנו לסתור ולומר כילה תוכיח זהו מעלמא דלא פרכינן אבל אם באנו לאמר יוכיח מעלמא ומדבר שאין אומר זה נוהג בו אע"פ שיש בו הצדדין האלה ולא מצאנו מפורש בתורה ועם כל זה הלכה רווחת שאין אומר זה נוהג בו שייך שפיר לומר יוכיח מעלמא דאם היה הק"ו הזה אמת אמאי לא קיימא גם כאן הק"ו וזה כוונת התוס' במה שהקשו כופר הכל יוכיח דהיינו דהלכה רווחת דכופר הכל פטור אף בבנו דמעיז ועל זה תירצו שפיר דלא הוי טענה חשובה ולפ"ז לא שייך לומר דר"י לא ס"ל דר"ח משום דאיכא למימר הילך יוכיח דהיא גופא קשיא אמאי לא קיימא ק"ו ההוא ויהיה חייב שבועה גם בדר"ח קושייתא וגם בהילך ושוב צריך לומר משום איזה פירכא:

מידא אם יש הוכחה למ"ד הילך פטור אזי ירוח לנו איך פליג ר"ח על ברייתא דר"ח קושייתא ולכאורה גם על אבהו דר' אפטוריקי ולפי הדברים האלה יתיישב כמובן אבל לפענ"ד מוכרח כדברי הש"מ דגם למ"ד הילך פטור ליכא למפרך על מה הצד הילך יוכיח דהרי לכאורה קושיא מעיקרא ליתא דקיימא פירכא על ק"ו דר"ח מהילך דהרי כבר אמרנו דאין הכוונה לעשות יוכיח רק לפרוך דאם היה ק"ו זה אמת אמאי הילך פטור (אם הלכה רווחת דפטור) ולכאורה אין זה קושיא דכיון דכתבו התוס' דאת"ל הילך פטור הרי זה העזה אם יאמר הילך וכיון שכן איך אפשר ללמוד מק"ו מדר"ח דגם בהילך חייב כיון דמצד הסברא הוא פטור וע"כ יש בו העזה וא"כ נאמן בלא שבועה במגו דאי בעי כופר הכל אך הניחא במודה במקצת אבל בהעדאת עדים דג"כ פטרינן בהילך כדמוכח כולה סוגין והרי שם איכא טענה חשובה וליכא מגו ואפ"ה פטור את"ל דהילך פטור ולפ"ז מוכרח סברת הש"מ דאת"ל הילך פטור ליכא טענה חשובה דאין לומר כדברי הגאון מהרל"ה דאף את"ל הילך פטור איכא טענה חשובה אלא דר"ח לטעמיה דס"ל הילך חייב דא"כ תקשי מאי מייתי ר"ח ותנא תונא ממתני' דהילך חייב דלמא לעולם במודה במקצת כיון דאיכא מגו הילך פטור והא דמתני' חייב משום דלא שייך שם מגו (אף לדעת התוס' דמתני' דשנים אוחזין חשיב מאי דתפיס כמודה מ"מ מגו ליכא כמובן) וכיון דליכא מגו איכא למילף מק"ו והצד השוה שהוא חייב אבל במודה במקצת קיימא הילך הוי ג"כ העזה כי כן הוא דהוי העזה את"ל דהילך פטור ולכך במודה ואומר הילך פטור וע"כ האמת כדברי ש"מ דבהילך אין כאן טענה חשובה את"ל דהילך פטור ומוכרח שפיר ממתני' דהילך חייב ל"ש בהעדאת עדים ולא שנא במודה במקצת:

תוספות ד"ה וש"מ הילך פטור וא"ת יהא נאמן שלש במגו וכו' וי"ל כיון דהילך פטור אם יאמר שתים הו"ל כופר הכל ואין אדם מעיז כו' התוס' בב"ק ק"ו משמע דלא פסיקא להו דשייך בהילך אין אדם מעיז שאחר שתירצו שם בסוף דיבור עירוב פרשיות דהילך הוי מעיז תירצו תירץ א"כ ולתירוץ האחרון שם ל"ל הא דלא נאמן הכא במגו דאי בעי אומר שתים משום דאינו טוען ברצון שתים דנראה שאינו מודה רק מפני השטר כמ"ש התוס' לקמן והנה התוספות שם הביאו הך דסלעין דינרין להכריח דלא כדעת רש"י שכתב דפקידון כיון דמעיז אף כופר הכל חייב וכתב המהרש"א שלא ידע מאי הוכחה מהך דסלעין דינרין דמיירי בהלואה ולפענ"ד דבריהם ברורים שהרי רצה להוכיח בסוגין מדר"ע פוטר בשלש ע"כ בשתים נמי פוטר דאלת"ה היה מעיז ואומר שלש ומש"ה פריך למ"ד חייב דהרי מוכרח משתים דפטור דהילך פטור וא"כ אכתי לא ידע ומסייע ליה שטרא ומשום שיעבוד קרקעות רק משום הילך פוטר ליה ואע"ג דהילך הוי כופר הכל אפ"ה פטור ליה ר"ע באומר שלש במגו דאומר שתים כמ"ש התוס' דאין זה העזה משום דמסייע ליה שטרא וקשא אדרבה לדעת רש"י אם יוכל להעיז יתחייב אף כופר הכל ולא יפטור בטוען שתים משום הילך כיון דיכול להעיז וצ"ע על המהרש"א:

והנה לדעת הר"י ומיג"ש וסיעתו דס"ל מגו לאפטורי משבועה לא אמרינן נ"ל הא דפטיר ליה ר"ע בשלש במגו היינו מתק"ח משום דהוי כמשיב אבידה וכנראה בדברי הרמב"ם בהלכות טוען אלא שצריך ביאור קצת אם כן לעולם יפטור עכ"פ מתק"ח היכא דאיכא מגו וצ"ל דלא הוי משיב אבידה בשאר מגו דאין מרויח כלום ואולם לפי מה שכתב הלבוש בח"מ סימן רל"ה בטעם דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה משום כאשר יטעון האדם לפטור מממון ע"י טענתו הוא ברצונו מקבל עליו כל החומרות ורצונו לשבע למען יאמנו דבריו ולזה לא שייך להאמינו בטענתו יותר ממה שהוא חושב להאמן והסכים עמו הש"ך ולפ"ז יתכן לומר דכאן כיון שהשטר מסייעו מצד הדין נאמן דלא שייך לומר דמקבל עליו שבועה למען יאמנו דבריו דאם היה טוען שתים ג"כ היה נראה נאמן:



ע"ב גמרא טעמא דאמר שלם הא שתים פטור וש"מ הילך פטור הרא"ש ריש פרק ב' דכתובות הביא הירושלמי שם ומפרשו דאם מודה בדבר שאינו יכול לכפור פטור משבועה משום דהילך הוא ואולם הב"י בבד"ה כתב דכיון דקי"ל דכל שאינו מוכן בידו לאו הילך הוא יש לגמגם אמאי חשיב הילך באינו יכול לכפור מ"מ כתב דיש לומר דאם מודה בכ' בשטר וכופר בכ' בע"פ דאינו חייב שבועה משום דכיון דאם יכול לכפור לאו הודאה הוא וזה ע"ד שכתב הנימוקי יוסף אליבא דהרמב"ם במודה בכתב יד שיש בו נאמנות לאו הודאה הוא אלא שהנימוקי יוסף כתב ג"כ דהוא מטעם הילך ובדברי הב"י לא משמע כן ולפ"ז תימא מאי פריך לר"ח דלמא טעמא משום דאינו יכול לכפור ובאמת נראה דהרמב"ם מפרש לשון הירושלמי כל טענה מודים שהוא חייב לה מנה והיא כתובעת מנה אחד והוא אינו מודה לה דהמע"ה היינו כיון שאינו יוכל לכפור אין היא כתובעת אותו כלל עליו כפשטיה דלישנא בירושלמי ולפ"ז היינו דמשני תלמודין שאני הכא דמסייע ליה שטרא ואין הוא טוען כלל על השתים וכ"ה בש"מ בשם תלמיד ר"פ דכתב דדוחק לפרש כפירש"י ומפרש דמסייע ליה שטרא ונמצא שאינו תובע כלל השתים שאינו יכול לכפור ולפ"ז הא דכתב הרמב"ם במודה בחמשים בשטר אין זה מודה במקצת שהשטר לא תועיל בו כפירתו והרי כל נכסיו משועבדין בו שני טעמים הם והם שני תירוצי תלמודן משום דמסייע ליה שטרא א"כ משום דהו"ל שטר שיעבוד קרקעות וכו':

ואולם בעל קצות החושן כ' דאע"ג דדעת הב"י דאינו יכול לכפור לאו מטעם הילך הוא מ"מ אינו פטור אלא אליבא דמ"ד הילך פטור דמ"ד הילך פטור ה"ט דס"ל דלא חשיב מודה במקצת אלא א"כ הוא מחייב עצמו בהודאתו ולא אם נותן לו מתנה בעלמא ולכך הילך דהוי רק כנותן לו מתנה פטור ואם כן ה"ה דאם אינו יכול לכפור לא חשיב הודאה. אבל למ"ד הילך חייב א"צ לחייב עצמו בהודאתו להחשב מודה במקצת מדמחייב בהילך רק שיתן לו מקצת א"כ ה"ה דבאינו יכול לכפור חשיב מודה במקצת. אלא שתמה לפ"ז אמאי פוטר בהודה בכ' בשטר משום דלא חשיב הודאה דנהי דלא חשיב הודאה מ"מ יתחייב משום העדאת עדים ולזה רוצה לחדש דכל שהדבר ברור אין בו משום דר"ח קמייתא דכיון דלא ידענו העדאת עדים רק מק"ו מפיו ופיו ליתא בדבר שאינו יכול לכפור ובדבר ברור ה"ה העדאת עדים לא משכחא לה אלא באומר לו לויתי ובאו עדים ואמרו ליה שאין זה דבר ברור אין בו חיוב שבועה את"ד והנה הסברא בעצמו תמוה ואינו דומה כלל להודאת פיו בדבר שאינו יכול לכפור שהדבר ברור מבלי הודאתו מה שאין כן אם הדבר ברור עפ"י העדאת עדים אין טעם לפוטרו. ואולם הרב הוכיח כן מפני שנתקשה לו דאמאי לא מחייב במודה בכ' בשטר מכח העדאת עדים. ויותר יקשה לפענ"ד על דברי הגאון שהביא הה"מ בפ"ד מהלכות טוען שאחרי שכתב שם דעת הרמב"ן שהוסיף לומר דדוקא בחמשים בשטר דלא הוי הודאה אבל במודה בחמשים כתב יד אע"ג שיש בו נאמנות חייב כיון שאינו גובה מנ"מ כו' כתב ורבינו האי כתב בשער השבועות הפך זה ואומר שאפילו אין החמשים אלא בעדים אם הודה בהם אין הודאתו כלום נראה מדברי המגיד דלרבינו האי אע"ג דאיכא עדים בלבד מבלי קנין אין בהודאתו כלום שהרי לא הזכיר קנין ועוד אם בקנין איך כתב דרב האי גאון כתב היפך זה וכו' דאע"ג דפוטר רב האי בעדים וקנין דסתם קנין לכתיבה עומד מ"מ אין הוכחה שהוא פוטר בכתב יד שיש בו נאמנות גרידא והרי הרמ"א בסימן פ"ח סתים כדברי המחבר בש"ע דכתב יד שיש בו נאמנות אם מודה בו חייב שבועה ובסימן ע"ה הביא דעת הפוסקים דהודאת עדים בקנין חשיב הילך ולא הוי הודאה והוא דעת הגהות מרדכי בשם רב האי הרי עדיפ' לי' עדות בקנין מכתב יד שיש בו נאמנות אע"כ דהמגיד היה מפרש דברי רבינו האי גאון בעדים בלבד בלא קנין וא"כ צריך ביאור אמאי לא יתחייב משום העדאת עדים ודוחק לומר דרב האי גאון פוסק דלא כר"ח קמייתא ולדברי קצות החושן ניחא דמיירי בעדים מעידים דבר ברור א"כ ממילא ליכא לחיובי משום דר"ח קמייתא. ולפענ"ד יותר היה ראוי לומר הא דבשטר אין בו משום דר"ח קמייתא הוא מטעם כיון שכל עצמו דר"ח קמייתא אנו למדין מהודאת פיו והרי במודה במקצת צריך שלא תקדום ההודאה לטענה וכמו שהוכיח הר"ן מהא דטענו חטין וקדם והודה לו בשעורים כו' אם כמודה פטור וא"כ אף בהעדאת עדים בעינן שלא תקדום העדאת העדים לטענתו והרי בשטר עדים החתומים על השטר כאלו נחקרו עדותן בב"ד והוי כקדמה הודאה והעדאת עדים לתביעה ואפשר גם ר"ה גאון דאמר דמודה במלוה שיש עליו עדים פטור מיירי בכה"ג ואף דהא דהודאה קודמת לתביעה אינו זקוק לשבועה משום דאינו שייך אין אדם מעיז אפ"ה א"א לחייב יותר בהעדאת עדים ולפ"ז הא דפריך הכא אמאי שתים פטור היינו משום דכיון דלמ"ד הילך חייב אף באינו יכול לכפור חייב בהודאתו אם כן יתחייב מכח הודאתו דאע"ג דאיכא שטר דקדמה עדותו לתביעה מ"מ הודאתו מיהא אחרי התביעה היתה אך המרדכי שכתב דמהך דשלעין דכרין מוכח דשייך דר"ח קמייתא גם בשטרות ופירש הרמ"א דס"ל דמצד הודאתו וודאי ליכא לחיובי דהא אינו יכול לכפור וע"כ הא דאמרינן כאן דאם היה הילך חייב היה חייב גם בשתים הוא מפני השטר שמחייב שבועה יע"ש בתשובת רמ"א סימן כ"ה וצריך ביאור איך אפשר לחייב שבועה בשטר הרי קדמה העדאת עדים לתביעה ואולי בשטר שאינו מקויים וטוען מזוייף אם נתקיים א"כ אזי קדמה הטענה להעדאת עדים לא מיבעי להפוסקים דסוברים דמזוייף בעי קיום מדאורייתא איכא תביעה קודם להעדאה אלא אפילו את"ל דלא בעי קיום מד"ת מ"מ מדרבנן מיהא בעי קיום אלא דסוגין דוחק לאוקמי בהכי וצ"ע דנראה מדברי המרדכי דליתא לסברא זו שלא יועילו העדאת עדים אם קדמה לתביעה:

ויש לומר עוד הא דאין בשטר משום העדאת עדים וכן לפרש דברי ר"ה גאון לדעת המגיד עפ"י דעת הטוש"ע בסי' למ"ד דאם טוען על חברו מנה ויש לו עדות ע"י צירוף דהיינו עדות מיוחדת על חמשים אינן זוקקים לשבועה על השאר וכתב הטו"ז הטעם דכיון דהעדאת עדים לא ידענו אלא מק"ו דאם פיו שאינו מחייבו קנס מחייבו שבועה עדים שמחייבים אותו קנס וכו' וממילא א"א ללמוד רק שיחייבו עדים שבועה בעדות שמחייבין אותו קנס אבל עדות מיוחדת אינו מחייב קנס ממילא אינו מחייב שבועה:

והתומים תמה עליו דא"כ אף אנו נאמר דאם לא ידעו באיזה יום ובאיזה שבוע גם כן לא שייך דר"ח קמייתא ולפענ"ד דבריו צ"ע דהרי אם נאמר כדעת הש"ך בסימן ל"ג דגם בעינן בד"מ עדות שאי אתה יכול להזימה אלא דבטלו חכמים שא"צ לחקור על איזה יום וכו' וודאי ליתא דהרי באמת הדין כן דצריך שידעו באיזה יום אלא משום תק"ח א"צ לחקור ע"ז וכן אם נאמר כדעת בעל נו"ב קמא בא"ה סימן ע"ב דבדיני ממונות מצד הדין לא צריך עדות שאתה יכול להזימה איכא למימר דמ"מ כאן אף שיש לו דין קנס מ"מ א"צ לחקור ע"ז כדברי הש"ך ומכ"ש אם נאמר דמצד הדין אף בדיני ממונות צריך עדות שאא"צ אלא משום נעילת דלת הכשירו חכמים אף אם אינם יודעים באיזה יום א"כ ה"ה כאן שא"צ שידעו באיזה יום מ"מ גוף העדות כיון דלא ידענו דר"ח קמייתא רק מכח קנס איכא למימר דכל עדות שאין זוקק לקנס כגון עדות מיוחדת ה"ה שאינו מחייב שבועה וכדברי הט"ז והנה לדברי הנו"ב קמא בכל דיני ממונות לא בעינן עדות שאתה יכול להזימה מדין תורה ואמרנו דמ"מ כאן כיון דילפינן מקנס צריך שיהיה עדות שאתה יכול להזימה והרי כתב הר"ן ס"פ האשה שנתארמלה דבשטר אע"פ שכתוב בזמנו כתבנוהו אפ"ה דעת הרז"ה דאין בו הזמה והש"ך בסימן ל"ח פירש דאין העדים משלמים בעדות בשטר ונמצא דהוי עדות שאי אתה יכול להזימה ונהי דלחייב ממון מהני משום דלא בעינן עדות שאתה יכול להזימה כדברי נודע ביהודה מ"מ כיון דאין מועיל שטר בקנס

(גם הרמב"ם פסק הלכות עדות דאין דנין קנס על פי שטר) א"כ ממילא אינו מועיל ג"כ לחייב שבועה מעתה גם דברי ר"ה גאון ניחא דהרי מבואר בב"ק דף ע' דאם אמר טבחתי בפני פלוני ופלוני ובאו פלוני כו' והעידו אינו חייב קנס לרבנן משום דהוי עדות שא"ל מעתה הטוען חברו מנה לויתך חמשים בפני עדים אלו וחמשים בלא בפניהם והלה משיב חמשים הלויתני בפני עדים האלה וחמשים להד"מ ובאו העדים והעידו אין לחייבו שבועה לא מכח הודאתו שהרי אינו יכול לכפור לא מכד העדאת עדים משום דהוי עדות שאין לתזימה כאמור ואפשר דאפילו משיב לו בקתם לויתי חמשים הוי כאימר בפניהם לויתי ואינו מחויב שבועה במגו דאי בעי אמר בפירוש לויתי בפניהם כדברי העדים ואז היה פטור משבועה :

והנה הסמ"ע והש"ך נחלקו בדר"ח קמייתא דלדעת הסמ"ע לא מחייב מדר"ח רק אם יאמרו העדים ידענו שלוה ולא פרע אבל אם יאמרו העדים לוה בלבד ולא ידעו אם פרע אף שהוא חייב לשלם מפני שטען לא לויתי והוחזק כפרן מ"מ הרי הוא איפו חייב מפני עדותן בלבד רק מפני טענתו ולא מחייב שבועה על השאר מדר"ח והש"ך הוכיח מדברי הר"ן דאף בכה"ג חייב מדר"ח ובאמת הסמ"ע רוצה להוכיח כן מדברי הרשב"א בתשובה וכפי שהביא הש"מ בשם הרשב"א בסוגין מוכח להיפך אבל לפ"ד הט"ז בטעם דעדות מיוחדת אינו זוקק שבועה על השאר לכאו' נראין דברי הסמ"ע כי לענין קנס כתב הר"ן בחידושיו בשבועות פ"ג על הא דאמר ריה"ג בעדות מתקיימת בראיי' בלא ידיעה מנה מניתי לך בפני פלוני וכו' דבכל כה"ג דהיינו הוחזק כפרן לא שייך בקנס כיון שהוא פטור במודה בקנס מקרא דאשר ירשיעון אלקים פרט למרשיע את עצמו ה"ה והוא הטעם דלא שייך לומר הוחזק כפרן דהוי מרשיע את עצמו וכיון דבקנס אין עדות דומיא דלא לויתי מועיל לחייבו קנס ממילא דאין לחייב עפ"י עדות כזה שבועה על השאר ולפ"ז ודאי מוכרח דלא כדעת הגאון בעל קצות החושן דמוכרח אדרבה דליתא לדר"ח קמייתא רק בעדות ברור דעדות שאינו ברור א"א ללמוד מקנס:

אבל לדעת ספר החפץ דפסק הילך חייב יתכן להיות כדבריו אחרי דהא הדבר ברור אינו זוקק לשבועה הוא לדעתו רק אם הילך פטור א"כ י"ל דבאמת אם איתא לדר"ח קמייתא כ"ל הילך חייב ובזה הי' אפשר לומר הא דאמר ר"י טענו חטין והודה לו באחד מהן חייב או פטור לאידך מ"ד מכלל דטענו חטין והודה לו בשעורין פטור והקשו התוס' בשבועות דף מ"ו דה"כ דריש ר"י כי הוא זה למעט טענו חטים והודה לו בשעורים ואמאי פטור בדר"ח קמייתא וכדאיתא בירושלמי דר"י פליג על ר"ח בכתובות רפ"ב וריש ב"מ ורצו התוס' להוכיח דר"י חשיב תורת הזמה לפרכא וכבר הרגישו בזה דכיון דר"ח וכן ברייתא דאבוה דר' אפטוריקי ע"כ לא חשבו תורת הזמה לפירכא איך פליג ר"י על תרווייהו ואולם לפי דברינו ניחא דר"י סובר הילך פטור ולא משכחת לדר"ח קמייתא כלל בעדות שאינו ברור א"א לחייב דאין ללמוד מקנס ובעדות ברור ג"כ אינו חייב אליבא דמ"ד הילך פטור ור"ח ואבוהו דר' אפטוריקי ע"כ ס"ל הילך חייב ור"י הי' לו הוכחה דהילך פטור כדבעינן למימר לקמן בעזה"י ולא משכחת לה לדר"ח קמייתא:

ואולם לפע"ד הן מ"ש הט"ז לענין עדות מיוחדת והן מה שרצינו לאמר אחריו דלפ"ד מוכרח כדברי סמ"ע גם שניהם יש לדחות באמת לפמ"ש התוס' על הא דיליף במה הצד ממע"א ופיו דהצד השוה שע"י טענה וכפירה שהקשו התוס' כופר הכל יוכיח וכבר כתבנו דעיקר קושייתם דמנה מה הצד הזה אתי' ג"כ כופר הכל והלכה רווחת דכופר הכל פטור וכ"ה בש"מ ותירצו התוס' דבמודה במקצת וע"א איכא טענה חשובה וא"כ בעדות מיוחדת וכן עדות דהוחזק בפרן אע"ג דאין מחייבין קנס ע"י עדות כזה וא"א ללמוד בתחל' מק"ו מ"מ כיון דעכ"פ הוא חייב ליתן הסך שהעדים מעידים עליו מן התורה הרי יש כאן טענה חשובה וממילא אתי' במה הצד ולדקו דברי הש"ך הן בעדות מיוחדת והן בעדות דהוחזק כפרן גם שניהם אפשר ללמוד במה הצד ומוכרחים שיחייבו שבועה דאל"כ הי' פירכא על ק"ו ולפע"ד ל"ע על הסמ"ע וט"ז בזה ואף שלפ"ז נראים דברי הש"ך מ"מ דברי קצות החושן שאמר דליתא לדר"ח קמייתא רק בעדות שאינו ברור א"א להיות דעדות שאינו ברור א"א ללמוד רק ממה הצד כאמור וא"כ ע"כ הק"ו הוא מכח עדות ברור המחייב קנס באופן שלדברי הפוסקים הילך חייב שאז יתכן כדברי קצה"ח דעדות ברור פטור את"ל דהילך פטור יתכנו דברינו דלעיל ליישב דברי ר' יוחנן בירושלמי גם אם ליתא לדינו של הסמ"ע והט"ז אבל לדידן דפוסקים הילך פטור א"א לומר כדברי קצה"ח ודברי ר"י בירושלמי יתיישבו בעזה"י באופן אחר לקמן:

תוס' ד"ה אין נשבעין על כפירת ש"ק כבר בלמדינו כתובות אמרתי לפ"ד התומים שכתב בסי' כ"ו ליישב דברי המגיד בע"ו מהלכות אישות שיישב דברי הרמב"ם שפסק דאם אומרת בתולה הייתי והוא אומר אלמנה דצריך לישבע שבועת התורה והראב"ד השיג דאין נשבעין על כפירת ש"ק וכתב הה"מ דמיירי אחרי תקנת הגאונים שתקנו דגובין מן המטלטלין משמע דאם גובין מן המטלטלין לא הוי ש"ק. ותמה הלח"מ דהרי כאן מבואר דאף בשט"ח דגובה מן המטלטין מ"מ הוי ש"ק ותירץ התומים דכהי דב"ח גובה ממטלטלין מ"מ אינו מתורת שיעבוד דהרי מיתמי לא גבי ולכך הוי שטר ש"ק אבל לבתר תקנת הגאונים דגבי אף מיתמי וכמ"ש הרא"ש דהוי כמו גמלי דערבי (וכ"כ הריב"ש בתשובה לדעת הגאונים דלכך תקנו) א"כ מטלטלין ג"כ משועבדים ולא הוי ש"ק בלבד רק כמו כלים והקרקעו' מעתה לדעת הראב"ן סוף ב"ב וכ"ד הרמב"ן במלחמותיו בסוגיא דלמפרע גובה דמדאורייתא אין חילוק בין קרקע למטלטלין כי גם מטלטלין משתעבדי מד"ת לטרפם מלקוחות א"כ לכאורה נסתר קושי' התוס' איך משכחת לה שבועת התורה במ"מ וכו' דהרי כיון דגם מטלטלין משתעבד' א"כ לא הוי ש"ק מן התורה ולא הוי שטר ש"ק אלא אחר שהפקיעו חז"ל שיעבוד מטלטלין והרי הרא"ש גם הוא משמע מדבריו רפ"ב דכתובות כדברי הה"מ ואפ"ה הקשה קושי' התוס' ס"פ שבועות הפקדון ומוכרח דס"ל להרא"ש דמד"ת מטלטלי לא משתעבדי אבל הר"י הביא שם שגם הרמב"ן נתקשה בזה ותירץ קושי' זו ולדידי' הא אשכחן דס"ל דמד"ת מטלטלי משעבדי ואולי לא שייך לומר דמטלטלי משתעבדי מד"ת רק למ"ד מעות קונות ד"ת כי טעם שיעבודא דאוריית' כתב הריטב"א בקידושין דהיינו כשם שקרקע נקנית בכסף לגמרי ה"ה לשיעבודו ומפני זה למ"ד מעות קונות במטלטלין ד"ת יתכן לומר דאף מטלטלין משועבדין מן התור' אבל לר"ל דס"ל משיכה מפורשת מה"ת א"א כלל לומר דמטלטלין משועבדין וא"כ עיקר קושייתם לר"ל דס"ל ג"כ שיעבודא דאו' מיהא לדעת הרמ"א בתשובה סי' ל"ה ניחא שכתב למ"ד הילך פוטר לא אמרינן דשטר הוי ש"ק וא"כ אף ר"י אפשר דס"ל הכי ור"י הא ס"ל מטלטלי משתעבדי מד"ת כאמור :

ועדיין יש לעיין הא משכחת לה שבועת התורה אם שיעבד לו מטלטלין אגב מקרקע דמבואר בב"ב דגובה מן הלקוחות וכה"ג ודאי לא הוי ש"ק ואולם התוס' לשיטתייהו בב"ק דף י"ב ע"א דס"ל דקנין אגב לא הוי אלא מדרבנן ועכ"פ הרווחנו בזה קושי' הט"ז שהקשה מהא דבב"ב דף קכ"ח דאמרינן נשבע וגובה מחלה מבני חורין ולא מלקוחות דאמרי אכן אעדים סמכינן דמוכח דיש לו קרקע ולא מחל לו השיעבוד ואפ"ה נשבע ומה שדחה הט"ז דמיירי שמחל לו השיעבוד אח"כ ל"ע כיון דבשעת הודאה הא חייב שבועה לא מחייב אח"כ וכמ"ש הר"ן בשבועות הדיינים לענין דבר שבמודה אבל להכ"ל הדבר פשוט דמיירי ששיעבד מטלטלי אגב מקרקעי :

גם דברי הראב"ן במרדכי שכתב דמחייב עפ"י שטר שבועה

מכח ר"ח קמייתא כמו עפ"י עדים ותמה השואל בתשובות רמ"א דהרי שטר הוי שיעבוד קרקעות והרמ"א השיב דאפשר סובר הראב"ן דלא אמרינן כאן דהוי ש"ק אלא למ"ד הילך חייב ול"ע דהרי ר"י בשבועות אמר הכופר בממון שיש עליו שטר פטור משום דהוי ש"ק וכן רבא בסוגיא דפוגמת אמר דאין נשבעין על כפירת שיעבוד קרקעות ואיך ידחה הראב"ן את כל זה ומיהא מהאי דכתובות איכא למימר דדוקא בכתובה דאיכו גובה ממטלטלין אפילו מיני' הוא דהוי שיעבוד קרקעות אבל שאר חוב דגובה ממטלטלין לא הוי שיעבוד קרקעות למ"ד הילך פטור ובזה סרה ממילא קושית הלא"מ על המגיד משגין דש"מ מיהא הך דשבועות קשי' ול"ע על הרמ"א ואולם לפי הנ"ל יש לומר דהראב"ן בשטר שכתוב בו מטלטלין אגב מקרקעי דכה"ג לא הוי שיעבוד קרקעות:

ולכאורה בלא"ה יש לדקדק על הרמ"א בתשובה הנ"ל שכתב דהכך תירוצים לא הוי אלא למ"ד הילך חייב אבל למ"ד הילך פטור אמרינן דשטר לא הוי ש"ק דאם סברא זו דשטר הוי שיעבוד קרקעות דחוקה כ"כ עד שאנו אומרים מעלמינו דמ"ד הילך פטור כיון דאיכו מוכרח אליבי' דהוי שיעבוד קרקעות ודאי לא ס"ל הכי א"כ מאי דוחקי' דתלמודן לומר הכי אליבא דמ"ד הילך חייב אחרי שכבר תי' על נכון דמסייע לי' שטרא ודוחק לומר שתירוץ זה דחוק יותר ואולי אפשר לומר דמש"ה לדידן לית לן דהוי ש"ק מכח קושית התוס' דאיך משכחת לה שבועת מודה במקלת דבשלמא הך דשבועות איכא למימר דר"י לשיטתו דס"ל מעות קונות וכמ"ש למעלה אבל לר"ל דס"ל ג"כ שיעבודא דאורייתא קשי' אע"כ דס"ל דשטר לא הוי ש"ק וכל זה רחוק אלא דזה יש לעיין ג"כ להרשב"א שכתב הש"ג בשמו לתרץ קושית התוס' איך משכי דהוי שטר ש"ק דהא ר"ע דריש ריבוי ומיעוטי ולא ממעטין אלא שטרות וכו' הרשב"א דאפשר דהכך שני תירוצים חד לר"ע וחד לרשב"א דגם לדידי' יש לדקדק אחרי דלר"ע ע"כ הטעם משום דמסייע לי' שטרא א"כ מאי דוחקא שלא לומר כן אליבא דרשב"א ונראה דסובר הרשב"א דאליבא דרשב"א א"א לתרץ דמסייע לי' שטרא דהרי הקשו תוס' אם שכיס פטור אף דהילך חייב א"כ יאמין שלם במגו דאי בעי אמר שכיס ותירצו דאין טוען ברצון שכיס משור דנראה שאינו מודה רק מכח השטר הי' כופר הכל וס"ל להרשב"א דזה שייך אם טעם הפטור בשכיס הוא משום ש"ק אבל אם הטעם משום. דמסייע לי' שטרא א"כ לא יתכן לומ' שתים שיוחזק באינו נאמן דהרי אדרבה הרי אינם פוטרים אותו משום שנראה כדבריו בשטר ואיך נאמר שירא לטעון כן והוי כתרתי דסתרי אהדדי אע"כ דרשב"א לית לי' הך דמסייע לי' שטרא והולרך לומר טעם דש"ק ולר"ע דלא שייך ש"ק אליבי' שייך לומר דמסייע לי' שטרא ולפי"ז שפיר קאמר הרמ"א להראב"ן דלמ"ד הילך פטור אין הכרח כלל לחדש טעם דש"ק אבל למ"ד הילך חייב מוכרח לומר כן עכ"פ אליבא רשב"א מטעם דמסייע לי' שטרא לא שייך אלא אליבא דר"ע דפוטר בשלם:

תוס' ד"ה הא כלים כתבו דהמ"ל בחפר בה בורות וכו' וזה לכאו' קושי' כיון דמשכי לקמן בחפר בה בורות ולמ"ד טענו חטין ושעורין והודה באחד מהן פטור א"א לשנויי למ"ד הילך פטור הא דאיצטריך למעט קרקעות רק בחפר בה בורות וא"כ מאי דוחקי' לשנויי הכי ויתכן לומר דהכא יש לחקור במאי דפליגי אמוראי ותנאי בטענו חטין ושעורין והודה בא' מהן אם חייב שבועה או לא באיזה סברא פליגי ולקמן כביא בעזה"י דברי הפ"י בזה ולפע"ד נראה דבהא פליגי דדעת הראב"ד (לפמ"ש הרא"ש בסוגיא דשאלה ושכורה לקמן ומבואר שם בש"מ) דטענו מלוה ופקדון והודה לו בא' מהן פטור והמה הה"מ בפ"ג מה"ל טוען דהכי דלהראב"ד מלוה ופקדון כיון שחלוקיו בדיכן דמי לחטין ושעורין מ"מ הרי חטין ושעורין גופא בטענו שכיהם והודה לו בא' מהן חייב ואולם בבעה"ת שער זין וכן בב"י בסי' פ"ח בשם תלמידי הרשב"א מבואר יפה טעם של

הראב"ד דלא חייבה תורה שבועה אלא במודה מקלת טענתו וחטין ושעורין כיון דשכיהם מלוה הוי טענה אחת וחייב שבועה אבל מלוה ופקדון כיון דחלוקים בדיכם הרי הם כתביעות חלוקות לגמרי ואם מודה בא' מהן הוי כמודה לו טענה אחת כולה והשניי' כופר בכולה שאין כאן שבועה והרי לענין שבועות העדות ושבועות הפקדון להתחייב על כל אחת ואחת מיכין חלוקין וטענות חלוקות שוין בדיכן כמבואר בפרק שבועות העדות ופ' שבועות הפקדון ולפ"ז נראה דבהא פליגי דלכ"ע צריך קרא למעט טענו חטין והודה לו בשעורים כדמשמע בסוגין לקמן רק דמ"ד טענו חטין ושעורין והודה לו בא' מהן פטור דמיכין חלוקים הם ג' כתביעות חלוקות ואם הודה בא' מהן. הרי הוא כמודה טענה אחת כולה והשני' כופר כולה דלא חשיב מודה במקלת ובזה יובן דאם אדמון ורבנן בפ"ב דכתובות פליגי בטענו חטין ושעורין הא דהשיבו רבנן אין ההודאה ממין הטענה דהייכו שעל טענה זו שבאת להשביעו אין כאן הודאה ממנה ומ"ד טענו חטין ושעורין והודה לו בא' מהן חייב סובר דמיכין חלוקין אינן כתביעות חלוקות ויש להכריח כדברינו דהרי ע"כ לא פליגי אמוראי אלא בטענו חטין ושעורין והודה לו בא' מהן אבל אם טענו חטין ושעורין והודה לו במקלת חטין ומקלת שעורים משמע ודאי דלכ"ע מחייב וקשה למ"ד דבהודה לו בא' מהן פטור אמאי לו יאמן גם בהודה לו במקלת שכיהם במגו דאי בעי לא הודה אלא בא' מהן למ"ד מגו לאפטורי משבועה אמרינן אבל לדברינו הנ"ל הכה נכון דכיון דלמ"ד בהודה בא' מהן פטור הטעם משום דהוי ככופר לו טענה אחת כולה א"כ אין זה מגו כמו דלא הוי מגו בשאר מודה במקלת מגו דאי בעי כופר הכל אבל אם הי' גזה"כ בהודה לו בא' מהן לא מסברא הי' ראוי לפטור גם בהודה במקלת שכיהם כדאמרן. והנה בטענו כלים וקרקעות והודה לו מקלת כלים ומקלת קרקעות יש לחקור אם חייב שבועה דהרי יש לו מגו דאי בעי לא הודה לו אלא בקרקעות והנה למ"ד טענו חטין ושעורים והודה לו בא' מהן פטור לפי דברינו דס"ל דשני מיכין חשוב כמו שני תביעות ועתה בטענו כלים וקרקעות והודה לו מקלת כלים ומקלת קרקעות אין להאמינו במגו דאי בעי לא הודה אלא במקלת קרקעות דהרי אמרנו כיון דלדידי' חשוב כתביעות חלוקות הוי מגו דהעזה אבל למ"ד טענו חטין ושעורין והודה לו בא' מהן חייב מכלל דס"ל דטענה אחת חשיבא לדידי' בקרקעות דמגזה"כ לבד פטור הי' ראוי בטענו כלים וקרקעות והודה לו מקלת כלים ומקלת קרקעות לפטור במגו דאי בעי לא הי' מודה אלא במקלת קרקעות בלבד והרי במתני' דשבועות משמע דוקא הודה לו במקלת קרקעות פטור אבל הודה לו במקלת כלים חייב גם אם הודה בשכיהם בכלים וקרקעות ואולם אם הילך פטור אין זה מגו דאם הודה במקלת קרקעות בלבד הי' אומר הילך ואם הילך פטור הוי העזה וכמ"ש התוס ולפ"ז כיחא דלכ"ע מוכרח הגמרא לומר זוקקין אתי להשמיענו ולא סגי בשיכוי דחפר בה בורות משום דמשמע מתני' דשבועות דהודה במקלת קרקע לבד הוא דפטור אבל בקרקע וכלים אם הודה חייב ואמאי לא יאמן במגו ודאי המקשן אפשר הוי ס"ל דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן (והרי להר"י ומ"ש פליגי רבא ורמי ב"ח בהא) אבל אם אמרי' מגו לאפטורי משבועה וע"כ צ"ל א' משני אלו או דטענו חטין ושעורים והודה לו בא' מהן פטור ואין כאן מגו או דהילך פטור ואין כאן מגו ולמ"ד טענו חטין ושעורים והודה לו בא' מהן פטור בלא"ה צ"ל זוקקין כדאיתא בשבועות ולמ"ד טענו חטין ושעורים והודה לו בא' מהן חייב אי אפשר גם כן לומר שחפר בהן בורות דאם כן הי' ראוי לפטור גם בהודה לו במקלת כלים וקרקעות וע"כ בלא חפר בו מיירי דאז אין כאן מגו משום דהילך הוא וצריך לומר על כרחך כתירוץ הגמרא דזוקקין אתי להשמיענו וזהו שאמרנו למעלה דלספר חפן דפסק הילך חייב יש לומר דר"י פליג אר"ח קמייתא משום כיון דהילך פטר לא משכחת לדר"ח והי' קשה א"כ איך יכול ר"י לחלוק על ר"ח ואבוה דר' אפטוריקי וכן דקדק מהרמ"ש על ר"ש איך יחלוק על ר"ח דהוא תנא ולדברינו אם דאיכהו ס"ל טענו הטין והודה לו בשעורין חייב ומוכרח

וממתני' דשבועות דהילך פטור וספר חפץ דף' הילך חייב אזיל לשיטתו שכ' הסגהמי"י בפ"ג מהלכות טוען אות כ"א דפסק טענו חטין ושעורין והודה לו בא' מהן פטור והארכתי עוד בזה במקומו שם בכתובות לייבש סתירת הסוגיות דשבועות ולפ"ד ילא לנו דאם טענו כלים וקרקעות והלה מודה במקצת כלים ומקלת קרקעות וחפר בהן בורות הי' פטור במגו דלא הודה אלא בקרקעות לדידן דקיי"ל טענו חטין ושעורין והודה לו בא' מהן חייב וזה חידוש גדול שלא כתבו הפוסקים והנה בכוב"י קנאה הלק חו"מ סי' רלה לומר דאפי' לחולקים על הראב"ד והאומרים דמלוה ופקדון מין אחד מ"מ לדעת רש"י דס"ל דהלוואה בעי הודאה לחייבו שבועה ובפקדון כופר הכל חייב כיון שחלוקין בדיני שבועה לכ"ע הוי כשני מינים ושוב חזר בו לדעת רש"י ומ"מ אפשר כיון דקרקעות לאו בני שבועה כלל לכ"ע הוי כשני תביעות אף למ"ד טענו חטין ושעורין והודה לו בא' מהן חייב דטענה אחת היא מ"מ כלים וקרקע כשני תביעות הוי וממילא אין כאן מגו כמובן ול"ע עוד:

תוספות ד"ה ולמ"ד הילך פטור תימא ולמ"ד הילך חייב אמאי איצטריך הא לא שייך אשמועינו לפמ"ש הב"י להקשות על תוס' דכתבו לקמן דע"כ לא על קרא פריך דלא נייתר דהרי איצטריך לשטרות. וכתב הוא ז"ל דהרי שטרות ג"כ הילך הוא א"כ נסתר ג"כ קושית התוס' הזאת דלמ"ד הילך חייב איכא לאוקמי בשטרות ושייך אישתמועי כמו בכל פקדון אם איכו בידו דמשתמיט עד שימצאנו אמנם בגוף דברי הפ"י במ"ש דשטרות ג"כ הילך הוא יש לעיין לפמ"ש בי"ד סי' ק"ס על מה שכ' הרא"ש וטור שם דממעטין בכלל ופרט וכלל דקרקע אין בה משום ריבית ופירשו דהיינו אם הלוה לו עשרה גפנים טעונות ע"מ שישלם לו י"א וכתבו הרא"ש והטור שם דבעבדים ושטרות לא שייך הלוא' אלא מכירה וכתב הב"י דאמאי לא משכחת לה שהלוה לו עבד אחד או שטר אחד (דהיינו שיכול להוציאם) ע"מ שישלם לו שתים והנה לדעת הב"י דבכה"ג הלואה היא ואפ"ה ממעטין מדין רבית מכלל ופרט וכו' א"כ לכאו' ה"ה לענין שבועה שאם תבעו שהלוה לו שטר אחד ע"מ שישלם לו שטר אחד (או שתים אם איכו נוהג בו מד"ת איסור רבית) והלה כופר אין בו שבועה משום דמיעטה רחמנא ובאמת הט"ז חולק שם על הב"י ולפי הנראה מדברי תוס' ס"ל כדברי ב"י ולזה כתבו דאיצטריך קרא גם למ"ד הילך חייב לשטרות ואולי יש לחלק גם לדעת הב"י בין רבית ובין שבועה דודאי אע"ג שפסק עמו בשעת הלואה ואמר שמלוה לו שטר זה ע"מ שישלם לו שטר אחר איכו לריך לפרוע לו שטר דוקא דודאי אם ירלה לשלם לו מחירו כפטר הוא בכך רק דלענין רבית איכא למימר דמיעטה התורה אם ירלה לשלם לו שטר אף שהוא יותר ממה שהלוה וא"כ אפשר דלריך הוא לשלם לו מה"ת השטר שהתחייב על עלמו לשלם כיון שאם יפרע לו מעות איכו רשאי לשלם לו רק כמו שהלוה והוא התחייב עלמו לשלם לו תחת שטר אחד שתי שטרות ומשא"כ כאן לענין שבועה כיון דעיקר תביעתו על ממון אין למעטו משבועה מפני שאין גופן ממון ועדיין איכו מספיק דאת"ל אם לוה שטר אחד ע"מ לשלם לו שני שטרות דאין בו משום רבית ואמרנו דכה"ג חייב הוא לשלם לו שטרות דווקא דממון א"א לשלם דהוי רבית וא"כ ראוי למעטו משבועה ואם כאמר דאף אם יפרע לו ממון כיון שההלואה היתה שטרות אין בו משום רבית ולפ"ז לא היו לריך לו שטרות א"כ ל"ל דאם ההלואה שטרות בלבד ג"כ יש למעט מכלל ופרט א"כ אף לענין שבועה שייך לומר כן וגם עיקר הדין לומר דאם לוה שטר אף שמשלם לו ממון לא יהיה בו ריבית איכו כראה כן מדברי הפוסקים:

גמרא ת"ש דתני אבוה דר"א לדר"ח קמייתא ובתוס' ד"ה אי איתא לדר"ח כראה דהלכה כר"ח דהא לעיל מוקי לה כרבנן דר"ג דהלכה כוותי' וכו' כבר כתבנו דהתוס' בשבועות כתבו דאין זה הכרח דהרי ר"י ס"ל טעה"והלב"ש פטור ואפ"ה איתא בירושלמי דל"ל לדר"ח קמייתא וע"כ ס"ל לר"י דתורת הזונה חשיב פירכא את"ד תוס' שם וכתבנו לעיל שיש לתמוה איך יחלוק ר"י על ר"ח ואבוה דר"א דשניהם ס"ל תורת הזונה לא חשיב פרכא והנה הפנ"י בכתובות דף ק"ח ע"ב כתב שם דלר"י דס"ל בשבועות דתלתא תנאי פליגי (בהא דטחו"ש לר"ג טעהו"לוב"ש חייב ולאדמון בחטין והודלב"ש פטור וטעחו"ש והודה לו בא' מהן חייב ולרבנן אף בזה פטור) ס"ל דמאן דחייב בטענו שניהן ל"ל דרשה דכי הוא זה ואפ"ה פטור בטעהוהלב"ש מסברא כיון דפטור אף מדמי שעורין וכי הוא זה מוקי לה כדאבוה דר"א ובע"כ מוקי לה ר"י מברייתא דשור ושה דמוקי לה כאדמון עכ"ל הפ"י ובאמת דבריו שם מגומגים קלת והנראה מדבריו דאיהו ז"ל לא רלה לומר דפליגי תנאי אם אפשר למעט מכי הוא זה גם טעהו"ש והודה בא' מהן או אין למעט רק טעהוהלב"ש בלבד זה וגם לא כחית לומר דפליגי בסברא שכתבנו למעלה וניחא לי' ז"ל לומר דוודאי אם דריש כי הוא זה למעט חטים והודע בשעורים ממעטינן ג"כ טעחו"ש והודה לו בא' ואדמון דמחייב הייכו משום דלא דריש כי הוא זה למעט טעהוהלב"ש ורק מסברא ממעטי משבועה טעהוהלב"ש משום דפטור אף מדמי שעורים וממילא ע"כ טחו"ש והודה לו בא' מהן חייב ולפ"ז א"ל לומר דר' יוחנן בירושלמי דס"ל דהעדאת עדים איכו מחייב שבועה הייכו משום דחשיב תורת הזונה לפירכא דודאי לא חשיב פירכא לכ"ע רק דר"י בירושלמי פוסק כאדמון דטעחו"ש והודה לו בא' מהן חייב (כי איכא תרי אמוראי אליבא דר"י בשבועות) וס"ל דע"כ אדמון לא דריש כי הוא זה למין הטענה דמאן דדריש ממעט גם טעחו"ש והודה לו בא' מהן אלא מסברא ליכא שבועה בטענו הוהולב"ש ומש"ה חייב טעחו"ש והודה לו בא' מהן וא"כ ע"כ כי הוא זה למעט דר"ח אתא ומש"ה פוטר בהעדאת עדים ולפי"ז יש להוכיח דהמודה בדבר שאיכו יכול לכפור לא חשיב הודאה לחייב שבועה אף היכא דליכא ש"ק וכדעת הרמב"ן דהכה הש"ך בח"מ סי' פ"ח וסי' ת' העלה דאף להתוס' וסייעתם דס"ל דטע"ח והוד' לו בשעורים פטור אף מדמי שעורין הוא משום הודאה או מחילה מ"מ אם יש לו עדים על השעורים חייב בדמי שעורים דלא שייך לומר דהודה או מחל לו שעורין מדלא טען אותם דאיכא למימר דאעדים סמיך (ודלא כהרא"ש ס"פ המניח) ואולם מבואר דמ"מ אף היכא דחייב בשעורים מ"מ אין כאן שבועה וזה מוכרח ג"כ (מלבד לשון הפוסקים) מן ברייתא דטענו שור ושה והודה לו בא' מהן חייב ואי ס"ד היכא דאיכא עדים על הודאתו חייב אף בטעהוהלב"ש א"כ לפלוג ולתני בטענו שור והודה לו בשה עלמו דחייב שבועה היכא דאיכא עדים על הודאתו וחייב בשה דהרי בטענו שנים והודה בא' ודאי חייב ליתן מה שהודה אלא על כרחך כדאמרן:

ולפי"ז שהחלטנו דאע"ג דאיכא עדים על הודאתו דחייב בשעורים אפילו הכי פטור משבועה למאן דפוטר בטעהוהולב"ש יקשה איך אפשר לומר כדברי הפנ"י וכמו שרלינו לומר לר' יוחנן דפוטר בהעדאת עדים משום דס"ל דטעהוהלב"ש פטור מסברא מן שבועה כיון שאיכו חייב בדמי שעורים ואייתר כי הוא זה ע"כ למעט העדאת עדים דא"כ אמאי לא חייב שבועה כשיש עדים על הודאתו דחייב בדמי שעורים אע"כ דהיכא שאין יכול לכפור לא חשיב הודאה והנה זה שהעלה הש"ך דאם יש עדים על הודאתו חייב בדמי שעורים לכ"ע ולא שייך טעמא דהודאה או מחילה מדלא טענו שעורים דמלי למימר אעדים סמיכנא כראה דהייכו אם העדים מעידים בבירור דלוה ולא פרע דאם איכם יודעים רק שלוה ולא ידעו אם פרע או לא איך סמיך שלא לטעון על העדים אולי יאמר פרעתי ולפ"ז כיחא דאת"ל דהעדאת עדים פטור דאמעיט מכי הוא זה לא משכחת לה חיוב שבועה בטע"ח והלב"ש אף שיש עדים על הודאתו דלא מפטר משעורים דאימתי באו העדים להעיד אם קודם הודאתו א"כ הודאתו כמי שאיכו אחרי שלא הי' יכול לכפור ואם באו עדים לאחר שהודה ג"כ אין חיוב מסברא כיון דבשעת הודאתו לא היה כאן חיוב שבועה וכמ"ש הר"ן לענין דבר שבמדה ומנין דעיקר השבועה לריך לבוא בשעת הודאתו:

ואולם לדברי התוס' כאן ודאי א"א לומר כן דא"כ שוב אין ראי' לפסוק כדר"ח קמייתא ואדרבה יש לפסוק לדידן דלא כדר"ח דהא קי"ל טענו"ש והודה לו בא' מהן חייב ויתכן לומר עוד ע"ד התוס' בשבועות דר"י חשיב לתורת הזמה לפירכא ואפ"ה לא תקשי איך פליג על ר"ח ואבוה דר"א עפ"י מ"ש התוס' בדף ד' ע"א ד"ה ע"א יוכיח דתורת הזמה לא חשיב רק פירכא כל דהו ולכך כי יליף מחדא ליכא למפרך הכי רק כי יליף במה הצד משום דעל מה הצד פרכינן כל דהוא לפי"ז כי אמרי' דר"ח תורת הזמה לא פריך היינו דלא חשיב תורת הזמה אפי' לפירכא כ"ד וכמו שהסבירו תוספות שם וכן רש"י הסברא. ואולם במכות דף ד' דיליף ר"י דלאו שאין בו מעשה לוקין עליו ממוציא ש"ר ועדים זוממין פריך מה להצד השוה שבהן שכן יש בו צד חמיר ומשני ר' יהודה צד חמור לא פריך וכתב הריטב"א שם דר"י ס"ל דאפילו על מה הצד לא פרכינן כ"ד רק קולא וחומרא והנה הא דפרכינן על מה הצד כ"ד מוכרח מברייתא דאיסי ב"י כדאיתא בחולין דף קט"ו אלא דר"י פליג ולפ"ז כיחא דודאי ר"י בירושלמי איכו חולק בסברא על ר"ח ואבוה דר"א רק איהו ס"ל דתורת הזמה ודאי חשיב עכ"פ פירכא כ"ד לכ"ע והא דלא פריך לה ר"ח ואבוה דר"א משום דאיכהו ס"ל דעל מה הצד ג"כ לא פרכינן כ"ד רק קולא וחומרא וכר"י ואיהו ס"ל כאיסי ב"י דפרכינן כ"ד על מה הצד ולזה פוטר בהעדאת עדים ויתכן מדקאמרי' ור"ח תורת הזמה לא פריך משמע דאפי' כ"ד איכו ממילא לתלמודן ודאי דהלכה כר"ח דא"כ הוי לתלמודן למימר ור"ח ס"ל כר"י דלא פרכינן כל דהו על מה הצד אבל ר"י בירושלמי סובר כרתמרן:

ויתכן עוד לומר לדעת התוס' דכאן דר' יוחנן לשיטתו הוכיח לעצמו דאיכא תנא דס"ל דר"ח והייכו מתני' דהיא אומרת מוכת עץ אני והוא אומר לא כי אלא דרוסת איש את דלר"י איכה נאמנת ואמאי איכה נאמנת הא הוי מחוייב שבועה וא"ל דמשלם דר"י ס"ל כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה יש לה כתובה מנה וס"ל לר"י דלכ"ע אמרינן מתוך שאיכו יכול לשבע משלם או משום דלא ידע ברייתא דשמעון בן ערפון או משום דס"ל דתרתי שמעת מיני' דגם לדידן הכי הוי לכאורה דקי"ל מתוך שא"ל משלם ואפ"ה אמרינן קורו כא וא"ל משום דהוי ש"ק דהא לר"י מתני' ר"מ הוא ואיהו ס"ל מטלטלי משתעבדי לכתובה (ואפשר דמש"ה מקשה הירושלמי ריש פ' האשה שנתארמלה בפשיטות דאמאי לא ישבע בכתובה והייכו מנה משנה זו) וא"ל משום דאיכו יכול לכפור מ"מ ת"ל מנה העדאת עדים וא"ל הא ר"ג ור"א פליגי איכהו טעמייהו משום חזקה אבל ר"י מאי טעמי' אע"כ דל"ל דר"ח קמייתא וע"כ משום דתורת הזמה לא פריך דא"ל משום כי הוא זה ממעט לדר"ח קמייתא דא"כ הי' לר' יהושע טענו חטין והודה בשעורים חייב והרי הוא רבנן דר"ג דפליג בהא וכי"ב כתב הר"ש בפ"ד דנגעים משנה י"א יע"ש להיפך אע"כ משום דתורת הזמה לא הוי פרכא אבל לדידן דקי"ל כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה אין לה כלום א"א לנו לחלוק על ר"ח ואבוה דר"א דלא חשיבי תורת הזמה לפרכא ע"ש בפני יהושע והפלאה ותמלא ודו"ק בריך רחמנא ב"ה וב"ש לעלם ולעלמי עלמיא:

סימן טז

בעזה"י יום ד' י"ב תשרי צדקות אהב לפק"ק אונגוואר:

החיים והשלום וכ"ט לאהובי נכדי הב' המופלא ומופלג זית רענן יפה פ"ת כ"ש כ"ה **יוסף יוחנן** נ"י לאוי"ט:

מכתבך הגיעני וארא כי כתבת באשוב לך על פירושך בהך דרמי רבנן שבועה כי היכא דתידוק דלדעתך הפירוש דתידוק עתה ולא שייך לו' כיון שהתחיל לכפור שוב לא יודה כיון דיש לה מגו שיכולה לכפור הכל חושבת שידוכה לזכות הכה יתכן להיות. אבל מה תאמר בעדים דאין לה מגו והיא בעיא דלא איפשטא וקי"ל דנשבע ובשעה מקובלת כתבו תלמידי הרשב"א בשם ר"ח כיון דרמי רבנן שבועה עלה וידעה דמשתבע תידק וכו' משמע להדיא דמעיקר' קאמרו דתידוק. ואע"ג דבלאו הכי יש להתיראה דיכולים לומר לה אשתבע דלא פרעתיך מ"מ תירא יותר אם תדע בבירור דהב"ד יפסקו לה שבועה ואשר תירא אם יאמרו לה אשתבע דלא פרעתיך שהוא ספק. דבלא"ה אין לומר כלל דאם התחיל לכפור שוב לא יודה מפני השבועה שלא יוחזק שקרן. דא"כ מה יועילו לו כל השבועות הן תורה הן דרבנן. ובפרט היכא דליכא מיגו כלל כגון דר"ח קמייתא. וכן בדרבנן בשבועות אעפ"י שכתבו התוס' דברים אלו בסוגיא דשכיר הייכו שאין הדבר ברור עד שלא יתקנו שם שיותן עד שלא יתקנו שם שיותן עד למחר או שישבע בעה"ב. מ"מ וודאי מאימת השבועה כותן האדם אל לבו עפי והייכו דחשיב ע"א גורם לממון כדאיתא ר"פ שבועות העדות ע"כ:

קושיתך על התוס' בפ"ק דשבועות (**אב"ה** קושית בן אחותי הרב החריף מהו' יוסף יוחנן בכנע כי' כך הוא דהתוס' בשבועות דף ע' עמוד ב' ד"ה וככפר לין אדידי' ואדר"ח הקשו וז"ל וא"ת ואמאי לא משני דעון אחד הוא כושא ולא ב' עוכות וקשה דלעיל דף ז' ע"ב ד"ה אין כתבו התוס' על מה שהקשה על הגמרא דרלה לומר דמכפר על ע"ז וכו' דהרי בגדי כהוכה מכפרין ותירלו דכיון דזה בלא זה לא יועיל א"כ השעיר יכפר עמהם וא"כ הכי כמי כיון דהלין בלא קרבן איכו מועיל וא"כ י"ל דהלין יכפר עם השעיר דר"ח) כראה שיש לחלק בין היכא דכתבו התוס' לעיל דכוותם כלפי שדרשו חכז"ל כפרה זו לא תהי' אלא פעם אחת בשנה וע"ז כתבו דאם מכפרין בגדי כהוכה ג"כ וזה בלא זה לא יועיל מקרי שפיר אחת בשנה. וכן לענין כפרה אחת בשנה אבל כאן שמקשה אדידי' ואדר"ח כיון דעכ"פ מכפר שתי עווכות שפיר איכא למיחוש מעון אחד הוא כושא עד כה כתבתי בקוש' להפיק רלוכך אף כי כל דברי למותר ושלא לאורך אחרי אשר אתה בבית מחותני הגאון אבי אביך (הארב"ק כייטרא) אשר מימיו החיים עד כה שתית ותשתה עד לאורך ימים עד שיותך כגן רוה וכתת גם אתה מים חיים ירוו מימך למאים לדבר ה' דברי אבי אמך המעתיר בעדכם הק' מאיר א"ש:

סימן יז

בעזה"י בסוגיא דמסדרין לבעל חוב ב"מ דף קי"ד:

רוב הפוסקים פסקו דמסדרין לב"ח לבד ר"ת דפסק דאין מסדרין לב"ח וראיותיו כבר דחו הראשונים ואולם מה שכתב ר"ת דאין אחד מן האמוראים דסברי מסדרין בזה לא כמלא סתירה בראשונים להדי' דהרי מדבר' אלי' לרבה אין ראי' כמ"ש התוס' משכי טעמים או דלא בעי רק מכין או דדחוייא קא מדחי ומ"ש הרא"ש בנדרים דף ס"ה בפסקיו מדפריך תלמוד ש"מ אין מסדרין ודאי רכב"י לומר שאין מקרעין כתובתה מוכרת דקתם תלמודן סובר דמסדרין הכה הוכחה זו היא רק לדעת ר"ת וסייעתו דס"ל דבמשכון שיהי' בעוה שעליו אמרה תורה חזרת משכון לדעת ר"ת גם בו אמרינן שמפסיטין אותו ומלבישין אותו איצטלית הראוי' לו ומעתה אין הכרח שיסבור ר"ע מסדרין לב"ח דאיכא למימר דמחלוקת ת"ק ור"י ור"ע הוא במשכון לבטחון ולא על שעת פרעון וכמ"ש התוס' דלת"ק דל"ל כל ישראל בני מלכים מקיימין אותו בבגד הראוי לו ולר"י ור"ע מקיימין אותם באיצטלית בת מאה מנה דכל ישראל בני מלכים אבל לדעת הרמב"ן וסייעתו דס"ל דחזרת המשכון הוא בעיני' וכמ"ש בעל התרומות בשער א' חלק בית משנו דהייכו דאיכא בהדיוט וליתא בהקדש וא"כ ע"כ ת"ק בשעת פרעון קאי ואפ"ה אמר ר"ע כל ישראל ראויין לאותה איצטלא א"כ מוכרח דר"ע סובר מסדרין ולכך הוכרך לומר רכב"י שאין מקרעין שטר כתובתה ומ"מ לא הקשה שם בנדרים מר"ע אדר"ע כיון דאיכא למדחי דחזרת משכון אין צריך להיות בעיני' דווקא וכדברי ר"ת אבל לפי האמת לדעת הרמב"ן דצריך להיות

קודם החזרה א"כ מוכרח דר"ע סובר מסדרין והיינו דפריך שם בנדרים ש"מ אין מסדרין לבע"ח ויהי' מוכרח לומר דחזרת משכון לית' בעיקא ועי"ז משני רנב"י לומר שאין מקרעין וכו' אבל לדינא אין הכרח משם וכיון דאיפכא ובר פדא וודאי סברי דאין מסדרין לב"ח א"כ לכאו' אין ראי' לפסוק דלא כוותי' ובלא"ה נראה דדעת ר"ת דאין ראי' משם דקושית הגמ' בנדרים היא דתפשוט בעי' דהכא ולא שיהי' הלכה כך :

ודהג"ת ריש שער א' כתב דר' יוחנן דיליף מנדר בערכך דמסדרין בהקדש ע"כ סובר מסדרין דאל"כ אמאי לא יליף בק"ו מב"ח דאין מסדרין דאין לומר דההיקש מבטל הק"ו דהרי קי"ל בודאי כרבנן דדווקא חטאת שנכנס דמה לפני ולפנים פסול ולא אשם אע"ג דאיכא היקשא וע"כ דק"ו מבטל היקשא (ודבריו תמוהים דהרי אסיק התם בזבחים דק"ו פריכא הוא וטעמא דרבנן מדנה ולא דם האשם ואולי כוונתו דעכ"פ לרבא דמפרש טעמא דרבנן בזבחים מק"ו לדידי' ס"ל דק"ו מבטל היקשא וא"כ לרבא מקשו הא דאמר ר"י דמסדרין בהקדש ודחיקא לי' למימר דרבא סובר דלא כר"י וצ"ע) וא"כ אמאי קאמר ר"י דמסדרין בהקדש ואמאי לא יליף מק"ו וע"כ דר"י סובר דבאמת מסדרין לב"ח וא"כ אין כאן ק"ו לסתור ההיקש רק שהקשה הג"ת דר"י ע"כ סובר דאין מסדרין לב"ח דהרי קושית הגמ' ויחזרו בהקדש ק"ו מב"ח שאין מסדרין ומחזירין כ"ש בהקדש דמסדרין אינו דין שמחזירין קושיא זו ע"כ לר"י דלבר פדא ואיפכא הא אף בהקדש אין מסדרין וע"כ לר"י קאי וקאמר דלב"ח אין מסדרין ולפענ"ד אפשר לומר דהרי כבר עמדו מהרש"ל ומהרש"א דמאי פריך ויסדרו בב"ח ק"ו מערכין דהא איכא למיפרך מה לערכין שהם קלים וכמ"ש התוס' וכן יש עוד להקשות על שלשה קלים וחמורים דעביד דאיכא למיפרך מה להקדש שהורע כוחו אצל ניזקין ומצאתי שהרגיש בזה תבואות שור בחידושיו לב"מ ועלה בדעתי לומר דק"ו דתלמודן אינו מהקדש לב"ח או מב"ח להקדש רק מחזרה על סידור וסידור על חזרה וקושית הגמ' ויסדרו לב"ח היינו מק"ו דחזרה דליתה בהקדש איתא בב"ח סידור שנוהג בהקדש אינו דין שיתנהג בב"ח ומעתה ליכא למפרך מקולות שכן בהקדש דהרי אין אנו דנין ב"ח מהקדש רק סידור מחזרה ושוב מצאתי שכתב כן הגאון בעל משנת דר"ע יע"ש שהאריך והנה התוס' בחולין דף כ' שהקשו על הא דבעי למילף דעריפה כשר בפרה ומייתי קרא למעוטי ושוב בעי למילף שחיטה מכשיר בעגלה ומייתי קרא למעוטי והקשו דכל הני מיעוטי ל"ל דהא כיון דאיכא למיעבד ק"ו הכי והכי א"כ כל חד וחד תיקום אדוכתי' יע"ש שרצו דכיון דאין הק"ו סותרים להדדי א"כ הוי רק כמו במה מצינו ליתן האמור בשל זה בזה רק דשוב הקשו דאיכא למיפרך מה לפרה וכו' ותירצו דאין אנו לומדין פרה ומעגלה רק שחיטה מעריפה ועריפה משחיטה בק"ו רק שהקשו ע"ז דא"כ הוי ק"ו גמור לא במה מצינו א"כ קשה שפיר דכל חד וחד תיקום אדוכתי' ותירצו דאיכא שום צד לומר אחד מהק"ו יותר מן השני ולכך צריך המיעוט בו ושוב שפיר ילפי' הק"ו האחר אי לאו דמיעטו קרא. והנה בסוגין דיליף בתחלה בק"ו שיסדרו בב"ח ואמרנו דסידור ומחזרה אנו לומדים מ"מ אין להקשות מה שצריך תרי מיעוטי למעט דסידור אינו בב"ח וחזרה ליתא בהקדש הרי בלא"ה כיון דאיכא למיעבד ק"ו הכי והכי כל חד וחד תיקום אדוכתי' ולומר שסומך על במה מצינו א"א לדברינו שאינו לומד רק סידור וחזר' מהדדי דזה אינו קושי' דנראה דקרא דלך תהיה צדקה אינו מיותר לא מבעי' למ"ד דאין כופין על השבת העבוט מפני שנותן שכרה בצדה דלא מייתר רק אף אם נאמר דכופין מפני הלאו שבו ג"כ לא מיותר שהרי גלך תהיה הצדקה אנו למדנו דב"ח קונה משכון רק ממילא גממעט הקדש וכיון דלא מייתר שוב איצטריך מיעוט למעט ב"ח למ"ד אין מסדרין שהרי א"א לומר דמחזירין בהקדש וזה פשוט :

ולפ"ז מיושב קושית הג"ת שהקשה דאם נאמר דר"י סובר מסדרין לב"ח לכך אינו סותר ההיקש יקשה דמאי פריך ויחזרו בהקדש בקו"ח ומב"ח שאין מסדרין דאזיל לר"י ומדקאמר שמסדרין בהקדש בקו"ח מב"ח שאין מסדרין לב"ח ולהנ"ל ניחא דאין הכוונה בהא דקאמר מב"ח שאין מסדרין דבידוע שהדין הוא כן רק כלפי מה שאמרו דלר"י באמת מסדרין לב"ח מק"ו דחזרה והוא אתי לשיי' במכותו וכו' ולכך אינו סותר ההיקש כאמור ועי"ז פריך מאי חזית דעבדת ק"ו הכי שיסדרו בב"ח מק"ו דחזרה שאיננו נוהג בהקדש נוהג בב"ח סידור שנוהג בהקדש אינו דין שנוהג בב"ח דאדרבה יחזרו בהקדש ק"ו מב"ח וכיון דאיכא ק"ו הכי והכי כל חד תיקום אדוכתי' ולא יסדרו בב"ח ומשני דא"א לומר כן משום דגלי קרא ולך תהיה צדקה וממילא אין מחזירין בהקדש ושוב מסדרין לב"ח מק"ו וכיוצא בזה היה מקום לומר דקושית ויחזרו בהקדש אזיל אפי' לבר פדא ואיפכא דס"ל דאין מסדרין בהקדש מק"ו דאלמא אי לאו ק"ו היה ראוי לומר דמסדרין דדינו כהקדש או מסברא או מפני ההיקש ופריך עוד דהא אין מחזירין בהקדש כ"ש שאין מסדרין ולכך פריך דאדרבה יחזרו בהקדש וכיון דאיכא למימר הכי והכי יסדרו בהקדש ולא יחזירו דכל חד וחד תיקום אדוכתי' ועיין בזבחים דף דמבואר שם דכה"ג הוי תרי ק"ו דסתרי אהדדי :

ובזה יש ליישב מה שהקשה הג"ת עוד לדעת הסוברים מסדרים לב"ח שכתבו התוס' דצ"ל דס"ל הוא אתי למעט אשתו ובניו דקשה א"כ אמאי קאמר תלמודן דהוא אתי לומר שיהי' במכותו וכו' ולא קאמר למעט אשתו ובניו ונדחק בזה יע"ש: ולהנ"ל יתכן לומר דהכא מבואר דלדעת ר"ת עכצ"ל דלא צריך קרא למעט אשתו ובניו דכיון דאין קרא לריבוי והרי אף לדידי' לא הי' מסדרין לולא דגלי קרא וכן נראה דעת התוספת בערכין דף י"ח שהניחו בתימא לרבנן למאי אתי הוא והחולקין סברי דצריך קרא להכי למעט אשתו ובניו (ועיין שם מ"נ שכתב שם תירוץ אחר דאתי למעט עני והעשיר וכדעת רש"י רק דבאמת בערכין דף י"ז לא משמע דאתי מהוא רק מגופי' דקרא יע"ש) ויתכן לומר דודאי אי שיעבודא דאורייתא מודו כ"ע דאין צריך שלא יתן לאשתו ולבניו דהרי אף להפוסקים מזונות דאו' מ"מ אין לה שיעבוד על נכסים לומר דמיד משעת הנישואין נשתעבדו נכסיו על מזונותי' רק שמלוה עליו לתת לה יום יום מזונות (וכ"מ בסמ"ע ס"ק כ"ד) דאיך יהיה לה שיעבוד והרי בידו לגרשה בע"כ אלא כדאמרן. וכיון דב"ח יש לו שיעבוד על נכסי הלו' מד"ה בין קרקע ובין מטלטלין ובקרא לא כתיב שיתן לאשתו ולבניו א"כ מהי תיתי דהוא חייב ליתן מזונות ואולם אם לב"ח ג"כ אין לו שיעבוד על נכסי הלוה רק דאקרקפתא דגברא מונח חיוב מלוה לפרוע לב"ח או מפני שיהי' הן שלו צדק כמ"ש רש"י בכתובות ס"פ הכותב או מפני שנאמר יוציא אליך את העבוט וכו' כמ"ש הרמב"ן סוף ב"ב וכן בעירובין אם שיעבודא לאו דאו' גם במלוה הכתובה בתורה אין באומר ערכי עלי שום שיעבוד על הנכסים כמבואר בערכין דף ו' ע"ב ושם ועיין בהשגות הראב"ד פ"א מה"ל ערכין רק הוא מחויב לקיים נדרו והרי הוא מחוייב ג"כ במזונות אשתו מדאו' א"כ אי לאו דגלי קרא היה סברא לומר כשם שנותנין מזונות לו כך נותנין מזונות לאשתו ולפ"ז ניחא קושי' דתלמודן לא מצי למימר הוא ולא אשתו ובניו דהרי אמרנו דהך ואידך קאי לר"י כמ"ש הג"ת והרי הוא ס"ל שיעבודא דאורייתא וא"כ לא צריך קרא למעט אשתו ובניו אבל התוס' ס"ל דשיעבוד לאו דאו' לדינא וכמ"ש הש"ך ריש סי' ל"ט ולכך שפיר כתבו דאיצטריך קרא למעט אשתו ובניו :

ובזה יש ליישב ג"כ מה שהקשה המהרש"א על הא דאמר אלי' לרבה דגמר מיכה מיכה מערכין דק' כיון דע"כ איהו דריש הוא למעט אשתו וכו' או שיהי' במכותו וא"כ אמאי יאמר ג"ש הא אתי' מק"ו מן ערכין דאין מחזירין ומסדרין ק"ו לב"ח ולהנ"ל איצטריך ג"ש דהרי למ"ד שעבודא ל"ד ואין חיוב אלא על הנכסים אך אקרקפתא דגברא ומנח מצות השבה דהן צדק או יוציא לך את העבוט וכמ"ש הריטב"א בפ"ק דקידושין יע"ש שהאריך א"כ לכאורה אף אם אין לנו קרא דמסדרין לב"ח ואין נותנין לו מ"מ אמאי לא יתנו לאשתו לשניהם אי אין שיעבוד על הנכסים ומלוה יש לזון אשתו כמו שיש מלוה לפרוע לב"ח וא"כ מסברא הא

דכותבין מזונות לאשתו ואיצטריך ג"ש ללמוד מערכין כשם שאין כותבין בערכין מזונות לאשתו ורק לו לבדו כן בב"ח אין כותבין רק לו לבדו :

ואולם יש ליישב קושי' זו באופנים אחרים הנה יש לחקור הא דמסדרין לב"ח אם הוא מלד מצות צדקה דרמי רחמנא על מלוה או אם אמרינן דכדי סידור אין שייך למלוה כלל ורחמנא הוא דזכי לי' ללוה ויש נ"מ אם אסר הלוה נכסי המלוה עליו אם מותר לקחת כלי הסידור ולפ"ד הרא"ד שכתב דהא דפריך וליתא לי' לאו עלה דידי' רמית הקושי' אמאי מסדרין וכ"כ הת"ח ומשני איברא עלה דידי' רמי דכתיב ולך תהי' צדקה ומשמע דמתורת צדקה המלוה נותן כדי הסידור ללוה וכ"מ בסמ"ע ס"ק כ"ז רק דקשי' עלה מאי דפריך בנדרים ש"מ אין מסדרין לב"ח ואי ס"ד דהסידור הוא בתורת צדקה ואם הלוה אסר על עצמו הנאת המלוה אי אפשר לסדר לא מוכרח מידי דאין מסדרין דלעולם בעלמא מסדרין ושאני התם דאסר הנאתה על עצמו כדאיתא התם (ולזה העירני בני הבחור מנחם שיחי') ואולם חזרת המשכון לכאו' ברור דהוא מלד צדקה דרמי רחמנא עלה דמלוה דהרי בפירוש כאמר ולך תהי' צדקה ומעתה אם ילפי' מק"ו דחזרה א"כ די כחזרה ומה חזרה מתורת צדקה גם סידור מתורת צדקה והולרך ג"ש דלאו מתורת צדקה אתינן עלה רק רחמנא הוא דזכי לי' ומי שלוה על פריעת ב"ח הוא יתה"ש אמר דמסדרין לו ומשאירין לו כדי חייו כדכתיב בערכין ושפיר איצטריך ג"ש וכ"מ לענין איסור הנאה וכדאמרן. ואף אם נאמר דגם אם יהי' מתורת צדקה מ"מ כיון דרמי רחמנא עלה דב"ח בע"כ טוב לאו מדידי' קא מתהני מ"מ יש נ"מ אם אתי מק"ו דחזרה דלדעת הסוברים דאין כופין על חזרת המשכון מפני שמתן שכרה בלדה וכמ"ש הרמ"א בסי' ל"ז וע' בסמ"ע סי' ק"ז במאי שכתב דלדעת התוס' והרא"ש אפי' אם רלו ב"ד לכוף אין כופין והרמב"ן חולק יע"ש דמיישב סתירת הרמ"א בהשבת העבוט כ' דאם רלה ב"ד לכוף כופין ובמלות כיבוד אב סתם הרמ"א דאין כופין וכדחק לחלק גם הט"ז עמד בזה ולא זכיתי לירד לסוף דעתם דהרי בהשבת העבוט איכא לאו דלא תשכב בעבוטו והרי הוא כמלות צדקה דסתם המחבר והרמ"א דכופין מפני הלאו שבו בריש הלכות צדקה וא"כ אדרבה יש לעיין אמאי כתב הרמ"א דאין כופין רק אם רלו. ועכ"פ אין קושיא מכיבוד אב דהתם ליכא לאו משא"כ בהשבת העבוט דאיכא לאו כמבואר בהרמב"ם רק דאין לוקין מפני שהוא לאו שאין בו מעשה והנראה דדעת הרמ"א כהסוברים דאף בצדקה אם לא רלו ב"ד אין כופין ומ"מ סותם כהמחבר דכתב סתם דכופין דהרי אף אם כופין הב"ד לא יעשו שלא כדין דהא אם רלו כופין וכ"ש שיש לפרש דאף דעת המחבר כן לכך סתם כמותו וכאן בהשבת העבוט הזכיר דעתו וכ"ז היכא דאיכא לאו כמו בצדקה והשבת העבוט אבל בכיבוד כיון דליכא לאו אף אם רלו אין כופין כיון דליכא לאו. ועכ"פ לדעת ר"ת וסיעתו דגם בצדקה אין כופין רק בדברים מנילא בהשבת העבוט ג"כ אין כופין וא"כ אם כלמוד סידור מק"ו דחזרה כימא די כחזרה ואין כופין לכך הולרך ג"ש דמיכה מיכה.

ואולם לדעת הרא"ד בש"מ שכתב דקושית הגמ' מליתא לי' לאו עלה דידי קרימית קושית הגמ' למ"ד מסדרין לב"ח ומשני איברא עלה דידי' רמי דכתיב ולך תהי' הצדקה דמשמע להדיא מדבריו ומדברי ת"ח בחידושיו דמלד צדקה מסדר לו לא קשי' איך בעי למימר בנדרים דמסדרין הרי אסר על עצמו הנאתם כראה דדעת הרא"ד דזה לא מקרי הנאה לענין מודר הנאה שהרי אינו מוחל לו מחובו כלום דקי"ל דב"ח אינו נידון בהשגת יד ואין הסידור רק שממתין לו כשיעור הסידור מחובו עד שתשיג ידו וגם זה בעל כרחו של המלוה ולכך אם איתא דמסדרין אף במודר הנאה מן המלוה מותר לו לקחת הסידור אבל לעולם זה דמסדרין הוא רק מטעם לדקה ובזה יש לדון על מה שהאליט הגה"ת ש"א ח"א דאם תפס המלוה כלי הסידור לא מפקינן מיניה דיכול לומר קים לי כר"ת וסייעתו ולפע"ד יש לפקפק בדבר דהרי הא דאמרינן דיכול למטען קים לי אין טענתו ודאי שיזכה בו רק כיון דיש מי שסובר כן והוא מוחזק אין מוליאין מידו והרי בחולין

דף קל"ד מסקינן דבמתנות עניים וכן מתנות כהונה בכולן לא מהני חזקתו שהוא מוחזק בהן יע"ש שמחלק בין ספק לקט לספק מתנות דזרוע וכו' דקמה בחזקת חיובא קיימי ופרה בחזקת פטורי קיימי' הרי דכל שאינו בחזקת פטור כגון ספק לקט אע"ג שהוא מוחזק אפ"ה מוליאין מידו דיליף מעני ורש הלדיקו לדק משלך ותן לו לכל מילי לדקה ומתנות וא"כ אף כאן דהמלוה בא להחזיק בו מספק אפשר דמוליאין מידו ואפי' נאמר דדווקא בעינן חזקת חיוב עכ"פ הרי גם כאן יש ללוה חזקת מרא קמא רק שיש לעיין דהתם עכ"פ גברא בר חיובא עתה רק שהוא ספק אם דבר זה יש בו חיוב ע"ז אמרינן לדק משלך ותן לו אבל כאן למ"ד אין מסדרין אין כאן שום חיוב מוטל על המלוה ול"ע :

הדרן לקושייתא דאם נאמר דעל השבת העבוט אין כופין א"כ שפיר איצטריך ג"ש דאם נילף סידור מק"ו דחזרה לא הייכו כופין על הסידור ולדעה זו אסכחנא אמורא דסובר מסדרין ולא פריכנא לדברי ג"ת דהרי אם אין כופין על הצדקה ועל השבת עבוט אע"ג דאיכא לאו א"כ גם על הענקה דאוי שלא נכוף דאף שם ממן שכרה בלדה וכ"כ המל"מ בפ"ג מה"ל עבדים הלכה י"ד רק שדבריו תמוהים שם בפרט מ"ש דלאו דלא תשכב בעבוטו כיתן לעשה כדאיתא במכות הוא תיומא גדולה דאם עבר לילה זו ולא השיב העבוט בזה לא מהני מה שהשיב לילה האחרת רק דאפ"ה אין לוקין משום דהוי לאו שאין בו מעשה וכמ"ש המ"מ בפ"ג מהל' לוה ובמכות שם לא מיירי כלל מלאו דלא תבוא יע"ש עכ"פ כראה מדבריו שם דבלאו דהענקה ג"כ אין כופין לדעת ר"ת וסיעתו א"כ יקשה בקידושין דף ע"ו פליגי ר"א ורבנן אם מוכר עלמו מעניקין דמ"ד אין מעניקין סובר לו ולא לנמוכר עלמו ומ"ד מעניקין סובר לו ולא לב"ח מדסבירא לן בעלמא כר' כתן אתא לו לאפוקי ואידך בעלמא כמי לא ס"ל כר"כ יע"ש ובתוס' והשתא אם נאמר דאין כופין על הענקה מה נ"מ במאי דכתיב לו ולא לב"ח הא אם יתן הענקה לעבד יבוא ב"ח ויגבה ממנו דבשלמא אם כופין יש נ"מ במה שאין הב"ח לריך לתבוע לעבד ויכול לכפות האדון אבל אם אין כופין אין נ"מ ומלאתי שהקשה כן בספר המקנה יע"ש מה שתירץ דרלה לומר דיש נ"מ דוקא למ"ד שיעבודא ל"ד לענין יורשין וסובר אביי דשאני הכא התם של"ד וע"ש ובאמת הא דאביי סובר של"ד תלי בשני תירולי התוס' בגיטין דף. ואפ"י שם כ' דמוכרח לאביי לומר דס"ד יע"ש שיש עיון בדבריו ואמנם אם נאמר מסדרין לב"ח ניחא דהרי פסקו הפוסקים דאף אין לו רק קרקעות מ"מ מוכרין אותן וקונין לו מה שלריך ליתן לו כדי סידור ומ"מ כראה דהייכו דוקא אם גובין ממנו אבל אם אינו בא אל הלוה כלל רק שגובה מב"ח מטעם כי היכא דמשעבדית לי' שלוית ממנו משעבדת לדידי' מדר"כ וכדאיתא בפסחים בסוגיא דלמפרע גובה יע"ש א"כ כיון שאינו גובה מן הלוה כלל אין מסדרין לו כלל ולפי"ז יש נ"מ גדולה בהא דכתב רחמנא לו ולא לב"ח ולא הוי אפוכי מטרתא דאם הי' גובה מן האדון הי' לוקח הכל ולא הייכו מסדרין להעבד מהענקתו אבל השתא דכ' רחמנא לו ולא לב"ח אף שחוזר וגובה ממנו מ"מ מסדרין לו מן הענקתו ומדאמרינן שם ואידך הייכו רבנן בעלמא כמי לא ס"ל כר"כ. וכלטרך לדחוק ולחלק בין הענקה ושכירות לשאר חוב יע"ש בתוס' ובש"ך סימן פ"ו ולא קאמר דרבנן ס"ל אין מסדרין וליכא נ"מ אע"כ דהילכתא מסדרין ולא בעי לאוקמא רבנן דלא כהלכתא :

אבל לדעת הפוסקים דכופין על הלדקה ולדידהו אמרינן דכראה דכופין גם השבת העבוט יקשה עדיין קושית המהרש"א אמאי לריך ג"ש כיון דאיכא ק"ו דמסדרין לב"ח ויתכן ליישבו עד"ז הנה בדברי הרמב"ם בסוגין עמדו המפרשים בהא דפסק בבגד אלמנה ראיים ורכב דאין ממשכנין אותו בין בשעת הלוואה בין שלא בשעת הלוואה בין בב"ד ובין לא בב"ד ובשניהם כתב דאם חבל מחזירים ממנו בע"כ ואם כאבד או כשרף קודם שיחזיר לוקה רק בבגד אלמנה הוסיף וכתב ואם תודה לך תשלם ואם תכפיר תשבע. ובעבר וככנס לביתו ומשכנו כתב ג"כ דאיכו לוקה רק אם אבד או נשרף ולא כתב דאם חבל מחזירין

ממנו בע"כ ויש בדבריו כמה קושיות א) דמש"כ בשעת הלואה אין ממשכנין בגד אלמנה ורחיים ורכב יקשה דא"כ מאי פריך על שמואל דאמר שליח ב"ד מנתח כתותי אין מאי דאמרה תורה לא יחבול רחיים הא מידי אחרינא חבול וכן בבגד אלמנה הא אחרים חבול דלמא אזהר רחמנא בשעת הלוואתו דאחרים ומידי אחרינא מותר וה"נ הקשה מהא דאמר ר"ש דעני' דוקא אין ממשכנין מפני שצריך לחזור לה ומשיאה שם רע בשכנותי' א"כ מוכרח לדידי' ודאי דדוקא שלא בשעת הלואתו דאיכא חיוב חזרה הוא דאסור לחבל בגד אלמנה ולא בשעת הלואתו ומינה' נשמע לת"ק דבהא לא פליגי עוד תמהו בהא דכתב הרמב"ם דאם חבל מחזירים ממנו בע"כ דכ' הריב"ש הטעם מפני דכל מילתא דאמר רחמנא ל"ת אי עביד לא מהני וקשה ממ"נ אם עשה דהשיב תשיב לו העבוט כבוא השמש על חובל בגד אלמנה נמי קאי וכן על רחיים ורכב כדעת הרמב"ן א"כ הא גלי רחמנא דאי עביד מהני ואי לא קאי על חובל רחיים ובגד אלמנה כדעת התוס' על מתני' דחובל רחיים ורכב א"כ ילקה מיד אף בלא נאבד עוד הקשו במה שכ' בגד אלמנה שמחזירין בע"כ ואם תודה תשלם ואם תכפור תשבע כי הבעל התרומות בשער מ"ע א"יד הבין דהרמב"ם מיירי שמשכן בלא עדים ואפ"ה איננו נאמן במגו דלהד"ם כיון שצריך להחזירו לה ותמה עליו דאמאי לא כתב כן ברחיים ורכב. ואולם הריב"ש דעתו דמיירי בתפיסה בעדים ומש"ה היא נאמנות ולא בא הרמב"ם רק לומר דכופין את אלמנה לפרוע אף שאין ממשכנין אותה כבר כתב הג"ת שהוא דחוק עד מאוד יע"ש ולכאורה היה אפשר לומר דכוונת הרמב"" כמו שהבין בעל התרומות ולא יקשה עליו קושית הנ"ל דהנה לכאורה לדעת הרר"י שהביא בש"מ בב"ב דף ל"ג ע"א מוכרח כדעת הרמב"ן דגם בכלים שעושין אוכל נפש אם עבר וחבלן מהני וליכא בהו רק עשה דהשב תשיב כי הרר"י דעתו שם דלכך לא החזיר רבא ב"ש הקרקע וטען דאית לי' זוזי אחרינא גבי אבוהון כי לא היה נאמן במגו כי לא מהני תורת מגו רק במי שבא לזכות בממון זה בטענה זו במגו דאי בעי היה טוען טענה אחרת על הממון הזה עצמו אבל שיהיה נאמן שיש לו זוזי גבי אבוהון במגו דאי בעי היה טוען ומעכב את הקרקע איננו נאמן ולא דמי להנהו עיזי דאכלי חושלא דנאמן לתופסן וז"ל דהתם עיזי גופייהו הוי תפס ניזק והיה מחזיק בעין משכון עד שישלמו לו נזקו והי' נאמן לעכב' בתורת משכון מתוך שהי' יכול לעכבם ולטעון שהם שלו יע"ש (והש"ך בח"מ סי' ק"כ ס"ק ג' לא ראה דברים הללו כי הוא כתב דגם במטלטלין לדעת הרר"י לא מהני תפיסה יע"ש שכל דבריו נסתרים למעיין בש"מ) מעתה אי ס"ד דאם עבר וחבל לא מהני לרבא בכלי שעושין אוכל נפש דעשה דהשב תשיב לא קאי עלה וכן לאביי מוקי לה תוס' בשחבל בשוגג ולכך אמר אביי דליהדר ק' א"כ אמאי נאמן לטעון עד כדי דמיהן לרבא וכן אביי לא פליג לפי משמעות הסוגיא רק משום דהוי דבר שעשוי להשאיל ולהשכיר הרי כיון שהוא צריך להחזיר ואינו רשאי לעכבו בידו בתורת משכון א"כ אמאי נאמן דהרי אף לרבא צריך הוא להחזיר וכמ"ש הבעל התרומות שם אע"כ דהשב תשיב על הכל קאי ולא צריך למיהדר רק בשעת תשמישו ומעתה לפמ"ש הט"ז בדעת הרמב"ם דבבגד אלמנה דאיסורו מלבד שהיא אלמנה א"כ לעולם צריך להחזירן אף שלא בעת צרכן מה שא"כ בחובל ריחים ורכב דאיסור רק מפני מלאכתן אין צריך להחזירן רק בעת מלאכתן ולפ"ז ניחא דהרמב"ם ס"ל כדעת הרר"י דאם אינו יכול לעכב המשכון אין כאן מגו דעיקר המגו הוא רק להחזיק הדבר שתופס במגו דלקוח ולכך ס"ל דדוקא הכלים שעושין אוכל נפש אמר רבא דנאמן לטעון עד כדי דמיהן דאינו צריך להחזירו רק בעת שצריך לו אבל בבגד אלמנ' כיון שצריך להחזיר לגמרי אין כאן מגו כלל ולזה אם תכפור תשבע ותפטור ואולם ליישב שאר הקושיות על הרמב"ם יותר נראה לומר דכוונת הרמב"ם בהא דאמר דאם תודה תשלם ואם תכפור תשבע כדברי הריב"ש ואין צורך לחלק בין בגד אלמנה לרחים ורכב וכדי ליישב קושיא הראשונה ש"כ לעיל על הרמב"ם במה שאמר דגם במשכנו בשעת הלואתו ובכל אופן אסר רחמנא לחבל בגד אלמנה ורחים דא"כ מאי פריך על שמואל וכן קושיות הה"מ אפשר לומר לפמ"ש התוס' בדף קט"ו ע"א ד"ה אלמנה דאע"ג דלא תחבול כתיב דמשמע בביתו אפ"ה אסור כיתוח בבגד אלמנה דלכ"ע קרא אתי לאסור בהו כיתוח מה דהוי בעלמא והא דאפקא בלשון חבלה ולא בלשון כיתוח כדי לעבור במשכון ב"ב לאוין ולזה כי מקשי בסוגיא לא מצי לשנויי דקרא אתי לאסור כיתוח דא"כ אמאי אפקה בלשון חבלה יע"ש ונראה דדעת הרמב"ם דכיון דע"כ לשון חבלה דכתיב לאו דוקא א"כ מעתה אין הפרש בין משכון בשעת הלואה או לא דהי' מיני' מפקת ואפ"ה פריך שפיר לשמואל כמ"ש התוס' מדאפקה בלשון חבלה ולכך הוצרך לומר לעבור עליו בשני לאוין אבל לעולם אמאי דהוי רחמנא בעלמא אסר באלמנה לרחים ורכב מיהו כל זה דוקא לשמואל דאמ' אף שליח ב"ד מנתח כתותי דווקא א"כ אי אמרי' דדוק' חבלה אסור ברחים ואלמנה א"כ לא אלמות ברחיא באלמנה מידי עפי מבעלמא נוח לאמר דאף כיתוח וכן כל משכון אסור אבל לתנא דלית לי' דשמואל ושליח ב"ד מותר לכנוס בביתו של לוה א"כ מהי תיתי להיליא לשון חבלה דכתוב ברחים ואלמנה ומשמעות דפשטית דהיינו מתוך ביתו וכמו"ש התוס' ולומר דאסור רחמנא אף שלא נכנס או בשעת הלואה כיון דאף בנכנס לתוך ביתו איכא היתירא בשאר כלים ובכל אדם ע"י שליח ב"ד א"כ מהו שאסור ברחים ואלמנה ואין לנו כלום ומעתה נסתרה קושיות המ"מ מדר"ש דאמר עני' דוקא אסור מפני חזרה א"כ מוכרח דדוקא בשעת הלואתו דאיכא לאוקמי הך ברייתא כתנא דפליג ולית ליה הא דשמואל א"כ וודאי דלא אסור רק שלא בשעת הלואתו ויש להוסיף עוד ולאמור לפי גרסת הריף והרא"ש בגיטין ר"פ הנזקין בדר"ש מפני מה אמרה תורה ב"ח בבינונית דמשמע דמדאורייתא לר"ש ב"ח בבינונית והיינו ע"כ מטעם דאיתא בירושלמי כאן דמדכתוב והאיש דהיינו שליח ב"ד יוציא וקאמר דאם הוציא הלוה היה נותן זבורית ואם הוציא המלוה היה נוטל עידית עכשיו שהליח ב"ד מלא נוטל בינונית וכ"כ הפני יהושע וזה יתכן רק אם שליח ב"ד מותר ליכנס וליטול אבל אם גם שליח ב"ד אסור ליכנס וליטול אין ללמוד מכאן דדינו בבינונית מעתה ע"כ ר"ש לית ליה דשמואל וא"כ וודאי ברייתא אתיא כתנא דל"ל דשמואל ולדידי' מודה הרמב"ם כאמו' וקרוב להנ"ל יש לומר עפ"י מה שכתב הש"מ בשם הרן להקשות וז"ל וא"ת ולהאי תנא דהיינו מאן דס"ל כשמואל קרא דאם חבל תחבל דמשמע מתוך הבית מאי עביד ליה וכ"ת דקרא איירי בעבר ומשכן תיפשוט מיניה דאי עביד מהני ואלו בתמורה לא גמרי מהאי קרא אלא מדכתיב השב תשיבם י"ל אפשר דמוקי לה לשכר כתף ופונדקי ובממשכן מתוך הבית א"נ ס"ל להאי תנא דאפילו נתנו בחוץ מקרי חבלה עכ"ל הרי מבואר מדברי הרן דלא ס"ל כמ"ש התוס' בסוגי' דתמורה יהיה תלמאן דלית ליה דשמואל וכיוצא בזה כתב"ס הרמב"ן במלחמות דלא מתוקמא קושיא כתנאי רק שדבריו שם צ"ע והנה לדברי הרן שכתב דמאן דאית ליה דשמואל צריך לומר דחבלה אפילו מבחוץ משמע יש לעיין בהא דמקשי תלמודן לשמואל אלא תחבול בגד ומשני לעבור עליו ב"ב לאוין דממ"נ אם הי' סובר דיתכן לומר דחבלה מבחוץ משמע א"כ לא מקשו מידי ואם הי' סובר דאין לשון חבלה אלא בממשכן מתוך הבית א"כ מאי משני לעבור ב"ב לאוין אכתי תיקשו מאם חבל תחבל דא"א לומר דמיירי בחובל באיסור דא"כ השב תשיבם ל"ל וצריך לומר לדעת הרן דוודאי מאן דמותיב ומשני לעבור ב"ב לאוין הי' סובר דחבלה דווקא מתוך הבית משמע ואפ"ה לא מותיב מאם חבל תחבול דאיכא למימר דמיירי בחובל באיסור וקרא דהשב תשיב או נ"ל דס"ל דברה תורה כלשון ב"א עיין באלו מציאות ל"א ע"ב תו"ס ד"ה דברה ובסוטה דף כ"ד ע"א בתוס' או דס"ל להמקשן דאף דידעינו מאם חבל תחבל משכנו באיסור מ"מ איצטריך השב תשיב לרבות גם בגד אלמנה ורחים ורכב דמחד קרא לא הוי מרבינן רק בנכנס לביתו ולא בגד אלמנה ורחים ורכב כמו שהוא דעת התוס' באמת אבל מאחר ש"כ אם חבל תחבול וגם השב תשיב מרבינן הכל והרן לא קאמר אלא לפי סוגין דתמורה דמרבי נכנס לביתו מהשב תשיב דע"כ סוגין דתמורה סברה דחבלה משמע אפי' כיתוח ובהיתר :

מעתה יתכן דגם דעת הרמב"ם כן ולזה לא יקשה עליו מקושית הגמרא דפריך על שמואל ולא תחבל דלדעתו אין קושיא כיון דאוסר אפילו במשכנו בשעת הלואתו דוודאי המקשן כאן הי' סובר דחבלה לא משמע אלא

שמשכנו מתוך הבית אבל הרמב"ם פוסק כסוגין דתמורה דסברי דחבלה משמע אפילו מבחוץ וה"ה במשכנו בשעת הלואתו ולענין קושית הס"מ כבר כתב התומים דבלא"ה איכא כ"מ בין ר"ש ורבנן גם להחולקים על הרמב"ם יע"ש:

מעתה הבוא נבוא לייסב גם יתר הקושיות דהיינו במ"ש הרמב"ם אבל אלמנה ורחים ורכב דמחזירין ממנו בע"כ ולא כ"כ בחובל מתוך ביתו וכן קושית הלח"ס. ויתכן לומר דהכא יש לעיין בלאו דלא תחבל אם עבר וחבל אם בכל רגע ורגע עובר בלאו כל זמן שמעכב אצלו בגד אלמנה ורחים או אינו עובר רק על פעם ראשון דהיינו בעת שחבל:

ונראה דוודאי אם כאמר דחבלה אינו אלא במשכן מתוך הבית הי' מקום לומר שאינו עובר אלא על שעה שנכנס לבית ומשכן אבל כיון שהורה הרמב"ם דבכל ענין עובר גם בשעת הלואתו א"כ אין לשון לא תחבל רק שלא יהי בגד אלמנה חבול אצלך ובכל רגע רגע עובר הא למה דומה ללאו דלא תלבש שעטנ"ז דאע"ג דאזהר רחמנא לא תלבש אפ"ה אם עבר ולבש בכל רגע עבר בלאו ולר"א במכות דף כ"א ע"ב אם שהה כדי לפשוט וללבוש לוקה ורב ביבי ורא"ב"א לא פליג רק משום לאו שאין בו מעשה עיין בתוס' שבועות דף י"ז ע"א ד"ה או אין צריך שהיי' למלקות אבל לעבור בלאו דכ"ע מודה דעובר [ובתוס' במכות כתבו דטעם ר"ב מפני שאין לו שהות לפשוט עדיין לבישה ראשונה קיימת] אף כאן אע"ג דכתיב לא תחבל מ"מ כל זמן שמעכב חבלה אצלו הוא עובר דלא תחבל דקאמר רחמנא היינו לא תהי' חבול, אצלך בגד אלמנה כמו לא תלבש שעטנז דאזהר רחמנא לא תהי' לבוש:

והנה דעת הר"י דהמשהה ממן ודעתו לבערו אינו עובר עליו מפני שהוא לאו הניתק לעשה ותמהו השעה"מ וש"א במאי דמשמע מדבריו דמותר לכתחלה לשהותו ע"ד דבערו דאע"ג דהוי ניתוק לעשה וכי מותר לכתחלה לעבור בלאו הניתוק לעשה מפני שמקיים העשה והמ"א בסי' פ"א הרבה בראיות וע"ש:

ולפ"ז ניחא דוודאי עשה דהשב תשיב רבי רחמנא כל חובל באיסור גם בגד אלמנה גם ברחים ורכב על כולם אמר הכתוב השב תשיב וכמלא אם משיב לעת ערב העבוט קיים העשה ואינו לוקה על הלאו כי העשה תקנת הלאו. אבל עם כל זה איך יעכבנו אצלו אם חבל בגד אלמנה או רחים ורכב כיון דבכל רגע שמעכבו עובר וכי מותר לכתחלה לעבור על הלאו על סמך שיקיים עשה שבו ולזה כתב הרמב"ם דאם חבל מחזירין ממנו בע"כ ולא מפני דאם עבד לא מהני כמ"ש הריב"ש דהרי לדעת מהר"ש יפה שהביא המל"מ בפ' מהלכות מלוה ולוה דעת התו' דאי עביד מהני רק כדברינו הנ"ל מפני שבכל רגע עובר דלא תחבל משמע שלא יהיה חבול וכ"ז ברחים ורכב ובגד אלמנ' אבל עבר ונכנס לבית הלוה ומשכנו התם ודאי דאחר שילא ומשכן אין שם לאו חדש בכל פעס רק מה שעבר ונכנס וכיון דהתורה נתקו לעשה דהשב תשיב יש לו להשיב העבוט לעת ערב וינתק הלאו ואין טעם להחזירו ממנו בעל כרחו בתוך הזמן:

והנה לדעת הסוברים דמותר לחבול בגד אלמנה ורחים בעת שאין צריך להם וכמו שכתבו בשם הירושלמי דנוטל את הקורדם ומחריסה בלילה. ומחזירין ביום וחתרו למלוה מקום שחייב להחזיר אם חבל כלים אלו בעת שאין צורך להם שחייב להחזירם והוצרכו לומר מק"ו או דהשב תשיב גם לכלים אלו קאי ובאמת צ"ע דכהי דמרבינהו בחבלן באיסור אבל בחבלן בהיתר מנין לנו שחייב להחזירם דהרי אמרו דווקא כלי גופו דומיא דכסותו וכמו שכתב בשם הספרי:

ואולם אם לדקו דברינו דלאו דלא תחבל פירושו שלא יהי' חבול א"כ גם אם העשה דהשב תשיב לא קאי עלה מ"מ ממילא צריך הוא להחזירן כיבוא עת שימושן דאם אינו מחזיר

הרי הוא חובלן ועובר בלאו. מעתה לפמ"ש התומים דלדעת הרמ"א דס"ל דערב ואיכך לא נתמעטו רק דמותר ליכנס ולחובלן אבל לענין חובל כלים שעושין בהם אוכל נפש נוהג גם בערב כו' וכ' התומים דלפ"ז נוהג גם בהקדש דמהי תיתי לחלק ומעתה לדברינו ה"ה דאם חבל הגזבר רחים ורכב שלא בשעת מלאכתן חייב הוא להחזירן בשעת מלאכה דאם מעכבן הרי היא חובלי אבל לדעת הסוברים דלא אתי אלא מק"ו א"כ אם הגזבר חבל רחיים ורכב בשעת היתר אינו צריך להחזירו דהחזרה אינו נוהג בהקדש אבל לדברינו חייב הוא להחזיר שלא יהיה עובר בלאו ובזה מיושב קו' מהרש"א דאמאי צריך ג"ש דמיכה מיכה תיפוק לי' מק"ו ולהנ"ל ניחא בהקדים מה שנחלקו ר"ת והרמב"ן דהר"ת כפי מה שהביא הרא"ש בשמו דעתו דבשעת משכון לביטחון לכ"ע אין מסדרין ופלוגתא דמסדרין לב"ח היינו אם ממשכון לפירעון דאם היו מסדרין גם במשכון לביטחון א"כ איך קאמר דבערכין מסדרין ואין מחזירין הרי כיון דמסדרין ומניחין לו מה שצריך מה יחזירו לו עוד.

אבל הרמב"ן כפי מה שהביא בעה"ת בשמו סובר דלעולם מסדרין גם בשעת המשכון וחומרא דהקדש מבעל הדיוט הייני לענין אילטלית בת מאה מנה דמחזירין אותו בעני' וכן לענין כדים שעושין בהם אוכל נפש דמחזירין בהדיוט ואין מחזירין בהקדש יע"ש:

והנה התוס' כפי מה ש"כ בשם ר"ת א"א לדידי' לומר כשיטת הרמב"ן דהרי דעתו דאין מסדרין ולפלוגתא דר"ע ור"י על הת"ק דלת"ק מפשיטין אותו ומלבישין אותו אילטלית הראוי לו היינו בשעת המשכן. דלת"ק עושין השבת העבוט בראוי לו ולא בעיני' ולר"י ולר"ע בעיני' משום דכל ישראל בני מלכים הן ולדידהו אם הדין מסדרין כיון דכל ישראל בני מלכים מניחין לו אילטלית בת מאה מנה כדמוכח מדברי התוס' במה שהביא ר"ת ראי' מהא דאמרינן אפילו מגליונא דעל כתפו' דא"א לומר דמפשיטין כיון דכל ישראל בני מלכים הרי דאם מסדרין מניחין לו אילטלית בת מאה מנה וממילא בערכין דמסדרין למ"ד כל ישראל ב"מ מניחין לו אילטלית בת ק' מנה וא"כ לכ"ע אין חומר בהדיוט מהקדש לת"ק הרי מפשיטין אותו ואין מניחין לו אפילו לעשות בו השבת העבוט ולר"י ולר"ע מניחין אותו אפילו בשעת סידור ובענין כלים שעושין בהם אוכל נפש אין חומר דאף בהדיוט אין כאן השבת העבוט כדמוכח מדבריהם במתני' ולקמן בחובל רחים ורכב דעשה דהשב תשיב לא קאי כלל עליי' לדעתם וא"א לומר כדעת הרמב"ן והוכרח ר"ת לחלק בין משכון לפירעון דבי' שייך סידור ובין משכון לביטחון דלכ"ע אין סידור:

אבל דעת הרמב"ן כאמור דהשבת העבוט בעין וכן בכלים שעושים בהם אוכל נפש יש בהן חזרה בהדיוט ולכן איכא למימר דמסדרין מיד בשעת המשכון ואולם כפי מה שבארנו למעלה דלדעת הרמב"ם אף בהקדש אם משכון כלים שעושים בהם אוכל נפש כיון דעובר בלאו וכמ"ש התומים א"כ צריך הוא להחזירם דגם בהקדש שייך הלאו והחזרה הוא שלא יעבור בלאו:

מעתה אין בכלים אלו חומר בהדיוט ולא נשאר כי אם החומר הזה דבהדיוט מחזירים כל זמן החזרה בעיני' מה שא"כ בהקדש:

ואולם הניחא לת"ק אבל לר"י ור"ע דס"ל כל ישראל ב"מ וא"כ אף בשעת סידור מניחין לו אילטלית בת מאה מנה. ומעתה שוב אין חומרא בהדיוט מבהקדש וא"כ א"א ללמוד לדידהו מק"ו דהקדש דאין מחזירין מסדרין ב"ח הדיוט דמחזיר כ"ש שמסדרין דכיון דמסדרן בהקדש מה יחזירו עוד והרי וודאי אם עבר הגזבר ולקח הסידור צריך הוא להחזיר לו כליו. ובפרט בערכין דכידון בהשג יד ואליבא קאמר אלי' לרבה ג"ש דמיכה מיכה דלדידי' ליכא ק"ו ואין להקשות לר"ע ולר"י במאי יחזירו בב"ח אם כאמר דמסדרין כי כבר כתב הרמב"ן דאע"ג דמסדרין מ"מ אם עבר הב"ח וגבה מוכי הסידור מהני ומחזיר לו את שכבה

בלילה ומחרישה ביום ובהכי מיירי מתני' כמ"ש הבעה"ת בשמו בש"א חלק ויו ולא ידעתי חולק עליו בפירוש [אף שיש לדקדק כן מכח קושית הראשונים ממתני']:

ומעתה מה שכתב הג"ת בש"א חלק א' דאם תפס המלוה כלי הסידור יכול לומר קים לי כר"ת דאין מסדרין ולכאורה אף אי מסדרין הא אמר הרמב"ן דמהני אם תפס רק דמחזיר לעולם וחוזר וממשכן ואמנם אם ממשכנו לפירעון דבהא לדעת ר"ת אין כאן חזרה ואם אין מסדרין יכול לעכב המלוה בידו ואין צריך להחזיר ואם גם דעת הרמב"ן דבמשכון לפירעון אין צריך להחזיר לו רק למ"ד יום ולא לעולם כדמשמע שם בסוף דברי הרמב"ן דאינו מחויב רק עד זמן שב"ד מגבין לו וא"כ יש לעיין אם מהני בכלי סידור בעבר ומשכנו לפירעון וצריך לומר הא דאמר הרמב"ן דבעבר ומשכן מהני ומחזיר לעולם היינו מפני כיון דלדידי' הדין דמסדרין א"כ לעולם לא יגבוהו הב"ד את כלי הסידור ובלי גביית ב"ד מבואר שם צריך להחזיר לעולם וא"כ איכא כ"מ בזה שכ' הג"ת דמצי למימר קים לי כר"ת דאז יגבוהו הב"ד וצ"ע אם שייך בזה לומר קים לי' כיון דע"כ צריך הוא לדעת הב"ד ואינו דומה לשאר קים לי' ואולי לר"ת באמת א"ל לב"ד להגבותו וצ"ע:

סימן יט

בסוגי' הנ"ל בשם בן המחבר מהר"ם נ"י

בבא מציעא דף קי"ג. בסוגיא דמסדרין לב"ח תוס' ד"ה מחזיר את הכר. הקשו בריש תמורה פריך לרבא דאמר כל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד ל"מ. והרי השבת העבוט וכו' ותנן מחזיר את הכר בלילה. וקשה דילמא מיירי דמשכנו ברשות. ונראה לפע"ד ליישב הנה דעת הרמב"ן דלדידן דפסקינן מסדרין לב"ח מסדרין תיכף בשעת משכון. והקשה הלח"ס דא"כ היכא אמרינן בברייתא באלו מציאות אם חבל תחבול אין לי אלא שמשכנו ברשות ב"ד משכנו שלא ברשות ב"ד מנלן. ולדבריהם דס"ל מסדרין תיכף בשעת המשכון היכא משכחת לה ברשות ב"ד הא מסדרין מיד. ונלפע"ד לפי מה שכתב התומים סי' צ"ז ס"ק ז'. דאם בשעת משכון היה עשיר וא"כ העני מחוייב להחזיר כדין השבת המבוט והביא ראיה מהתוספתא וירושלמי וא"כ לפי"ז י"ל דהפירוש בברייתא' אין לי אלא שמשכנו ברשות ב"ד דהיינו אם היה עשיר דאז ממשכנין ולא שייך גבי דין סידור וא"כ אם אח"כ העני אז שייך גבי דין חזרה:

והנה עוד הקשה הלח"מ אמתני' דתנן מחזיר את הכר. והאיך משכחת לה הא מסדרין תיכף עיים. והנה לזה אין מספיק התי' הזה דהנה תני במתניתין נוטל אחד ומחזיר אחד. ומחזיר את הכר. ופירש"י דפירושא דרישא קתני וא"כ ע"כ אין לומר בגוונא שכתבתי דהרי כאן מיירי בתחילת משכון. והנה על זה כבר כתב הכ"י דמיירי בעבר ומשכנו. והנה אם כאמר דמיירי בעבר ומשכנו לא שייך לומר דמיירי במשכון עפ"י ב"ד דהאיך יעשו הב"ד שלא כדין ויקחו משכון החפצים אשר מחויבים הב"ד להניח לו מדין סידור. וע"כ צ"ל דמיירי שמשכנו המלוה בעצמו והנה לפי דעת הסמ"ע דכיתוב גבי לוה אסור מד"ת ושפיר הוכיח הגמרא ממתני' דידן דמיירי במשכנו באיסור כיון דתני ומחזיר את הכר בלילה והם דברים שמסדרין לו ואי אפשר לומר שמשכנו עפ"י ב"ד. וצריך לומר דמשכנו הלוה ושפיר מוכח דאי עביד מהני. והנה כל זה אם אמרינן דמסדרין לבעל חוב אמנם אם כאמר דאין מסדרין אינו מוכח כלל. ממשכתיכו דמיירי במשכנו באיסור. ומתורץ בזה הוכחת ר"ת דפסק דאין מסדרין מדלא חזינן שום אמורא דקובר דמסדרין. והנה לפי הדברים האלה ע"כ מוכח דקתם ג"מ שם בתמורה סובר דמסדרין דא"כ מאי מקשי ממשכתנו:

שם בגמרא לעבור עליו בהכי לאוין והקשה התומים לדעת הרמ"ה דס"ל דלעכין שלא לחבול בגד אלמנה ערב שוה לשאר מלוה וא"כ דילמא קרא אתא לאסור גבי ערב. ונלפע"ד ליישב דהנה התוס' לקמן דף קט"ו ד"ה אלמנה ה"ק אמאי לא פריך ממתני' אשמואל דמשמע הא אחר ממשכנו עיי"ש. ותירצו בתירוץ השני וז"ל ועוד נראה לפרש דלב"ע לא יחבול רחיים ורכב ולהבול בגד אלמנה אתי קרא לאסור כיתוה דשרי והא דאפקה בלשון חבלה ולא בלשון כתוה כדי לעבור במשכון ב"ב לאוין אהכי לעיל כי אקשינן לשמואל איצטרך לשנויי לעבור ב"ב לאוין ולא קאמר לאסור כתוה דשרי בעלמא משום דהוי קשי' ליה אימאי אפקה בלשון חבלה עכ"ל עיי"ש. והנה אם נאמר דמיירי בערב בוודאי לא קשה אמאי נקט לשון חבלה דהרי בערב התירה התרה חבלה ולכך גבי אלמנה אסרה התורה חבלה וא"כ אם נאמר דמיירי בערב אין מהראוי לאסור גבי ערב כתוה וכן גבי שאר מלוה לאסור גבי אלמ"כ או גבי א"כ כתוה ריון דעיק' ההוכח' מדאפקה רחמנא בלשון חבלה. וא"כ לפ"ז הדרה הקושיא לדוכתא דקשה ממשכתנו לשמואל מדקתני אין ממשכנין דמשמע הא שאר אנשים ממשכן ולפ"ז ניחא קושית התומים דאם נאמר דמיירי בערב הן אמת דמהפסוקים לא יקשה אכתי יקשה ממתניתין ולכך תירוץ שגמרא. לעבור בשני לאוין. וממילא גם ממתני לא קשה כמ"ש התוס':

דף קי"ו הקשה הגמרא ויסדרו בב"ח ק"ו מערכין והקשה המהרש"א אמאי צריך לדידן להך גז"ש דמיכה מיכה כיון דעל כרחך לית לן הך מעוטא דהיא ולא ב"ח וא"כ בלא"ה מסדרין מכל ק"ו. ונלפע"ד דהנה לקמן איתא לביתו אי אתה נכנס אבל אתה נכנס לביתו של ערב וכן לשכר כתף כולהו ממעטינן התם דמותר לכנוס לביתו. והנה הביא בעור בשם הרמה דערב אימעוט דווקא דמותר ליכנוס לביתו אבל בשאר דיני' דהזהירה התורה למלוה אין חילוק בין ערב לשאר מלוה. וכתב הא"ת ח"ל באורים ס"ק ל"ב נראה דס"ל דבערב לית בי' משום השבת עבוט דקרא דהשיב תשיב לא קאי עלי' עיי"ש:

והנה לפי"ז בערב אין מחזירין. אמנם מסדרין לדידן וודאי מסדרין אם אמרינן הג"ש מיכה מיכה. אמנם אם אמרינן דמסדרין מלבד הק"ו דמה הקדש דאין מחזירין מסדרין ב"ח שמחזירין איכו דין שמסדרין וכיון דכן בערב דאין מחזירין מנא לן דמסדרין דגבי ערב לא שייך הק"ו ולפ"ז ניחא קושית המהרש"א דהתורה רצה להורות לנו דגם בערב מסדרין וא"כ אי לא הוי הג"ש רק הק"ו וא"כ הי' הדין דאין מסדרין ויש להעמים זה בלשון האיבעי' מי גמר מיכה מיכה מערכין דהיינו דאיבעי לי' בתרתי אם מסדרין כלל ואף אם כאמר דמסדרין אם גמר מיכה מיכה וממילא גם בערב מסדרין או מלבד הק"ו א"כ בערב אין מסדרין:

באופן אחר יש ליישב קושית המהאש"א הכ"ל דהנה התוס' ד"ה מה ערכין הקשו וז"ל וא"ת כיון דמסדרין ומניחין לו שיעור המפורש במשכתיכו א"כ מאי חזרה שייך דהרי מניחין לו לגמרי כדי לרכו ומה יחזיר לו עוד והביא הש"מ בשם הרן וז"ל וי"ל דמשכחת לה בהילטלית בת מאה מנה שממשכנין אותה דלאו בת סידור היא ואין מחזירין דליכא בערכין מלות חזרה ואלו בב"ח מחזירין דהא עני הוא ואפילו למ"ד אין מסדרין כל למ"ד ייס שהוא זמן ב"ד חייב להחזיר וכן לעולם כל שלא נמכרה עכ"ל הרן. והנה למאן דס"ל כל ישראל בני מלכים הם ואמרינן כל ישראל ראוין לאותה איצטלא גם בערכין בוודאי אם מסדרין אותו מניחין לו זו האיצטלות וא"כ אין כאן ק"ו דהרי מניחין לו הכל בתורת סידור וא"כ מאי יחזירו לו. והנה הר"ת פוסק כמ"ד כל ישראל בני מלכים (והנה אף על פי כן אין ראי' דאין מסדרין מדרשב"ג אין ראי' דאין זה כלל מלא כמ"ש הראשונים ומהך דמכי' ואף מן גליונא דעל כתפי' אין ראי' דס"ל כמ"ש הראשונים דמיירי שיש לו עוד אחרת) וכיון דהלכה כמ"ד כל

ישראל בני מלכים וממילא אין כאן ק"ו דהא מניחין לו כל הצריך לו בעת הסידור. ולפי"ז מתורץ קושית המהרש"א דהגמרא שפיר פריך כיון דאילפא וב"פ אמרו ומה ב"ח שאין מחזירין מסדרין וא"כ ע"כ לדידי' יש חילוק בין מחזירין למסדרין והיינו באילטלית בת מאה מנה וא"כ שפיר פריך דכיון ק"ו איפכא. אמנם למאן דפוסק כל ישראל בני מלכים הם וא"כ בערכין מסדרין לו הכסות אף אם היא אילטלית בת מאה מנה וא"כ שפיר צריך הג"ש דהרי אין כאן ק"ו דהרי מניחין לו הכל בעת הסידור:

והנה התבואות שור. סוף הספר תירוץ קושיא הנ"ל ז"ל ונראה כשנדקדק עוד על האי ק"ו דאיכא למיפרך כדפרכינן בב"ק דף ז' מה לערכין שהוא הקדש והורע כוחו בנזיקין תאמר בב"ח שיפה כוחו וכ"ל דסוגיא דהכא אזלי אליבא דר"ע דהתם דס"ל כר"ש בן מנסיא וס"ל דהקדש יפה כוחו בנזיקין והשתא ניחא מאי דגמרינן מיכה מיכה לדידי' דלא ס"ל כר"ש בן מנסיא וק"ו פריכא הוא עכ"ל. ובדבריו הקדושים יש ליישב לפענ"ד קושי המהרש"א שהקשה וז"ל אך ק"ל דהכתי אמאי לא מייתי למיפשט מברייתא דלעיל דס"ל כדרך שמסדרין בערכין כך מסדרין לבעל חוב וכ"ל דהכא לפי מה שכתב התב"ש הך ק"ו תליא בפלוגתא דתנאי אם הקדש יפה כחו בנזיקין דלדידן דס"ל שור של הדיוט שנגח שורו של הקדש פטור הך ק"ו ליתא. אמנם לר"ע ולר"ש בן מנסיא דס"ל דחייב הך ק"ו אלים. וצריך לומר תירוץ הג"מ הוא ולא ב"ח. והנה לר"י דס"ל דדרשינן הוא עד שיהא במכותו מתחילתו ועד סופו או דדרשינן הוא ולא אשתו וא"כ לית לן מיעוט על ב"ח א"כ אם הך תנא סובר כר"כ בן מנסיא בוודאי יש לן לומר דמסדרין מגל הק"ו וא"כ לפי"ז לא רצה הג"מ למיפשט בעין מהך ברייתא דבוכל לומר דהברייתא ס"ל כר"ע וכר"ש בן מנסיא דהקדש יפה כוחו בנזיקין וא"כ הק"ו אלים וגם ס"ל כר"י דדרשינן מהוא עד שיהא במכותו ומתחילתו עד סופו וא"כ אין לנו שום מיעוט. דלא יסדרו בב"ח. אמנם לדידן דפסקינן דהקדש הורע כוחו בנזיקין וא"כ הק"ו מופרך וא"כ כיון דהג"ש מיכה מיכה לא ידע אי גמרינן וא"כ לדידן עדיין לא כפשט האיבעי והתוס' שהקשו מר"י ור"ע. ולא ניחא לה בהך תירוצא י"ל משום ר' ישמעאל דס"ל התם בב"ק דשור של הדייט שנגח של הקדש פטור וא"כ לדידי' אמריכן דמסדרין וודאי גמר הג"ש מיכה עיכה ולכך כתבו התוס תירוץ העולה לשניהם בין לר"י ובין לר"ע:

ובזה יש ליישב מה שהקשה הרא"ש בפסקיו בנדרים דף ס"ה ש"מ אין מסדרין דמשמע דסתם הגמרא סובר מסדרין. ולפי דברי התבואות השור ניחא דהרי לדבריו דר"ע דס"ל דשור ישראל שנגח של הקדש חייב וא"כ הק"ו אלים למילף ב"ח מערכין וא"כ שפיר הקשה הגמרא דהרי התם ר"ע אמר להא אפילו אתה מוכר שער ראשך וא"כ שפיר הקשה הג"מ ש"מ אין מסדרין א"כ קשיא דר"ע אדר"ע דהוא ע"כ סבר מסדרין לב"ח מהיקישא דערכין:

סימן כ

שלום וישע רב לכבוד הרב המאור הגדול כקש"ת מ' **משה אהרן** נ"י רב ומורה בק"ק טאלי יע"א:

נעימות ימינו הגיעני ואודות דבר המשפט אשר בא לפניו כי מכר איש לרעהו מגרי' חלק להבטיחו שיהי' שותף עמו בארענדא אחת. ולאחר ששכר השותף האחד את הארנכדא נתן לו מחלית הערבון דראנגעלד שנתן וגם בהשיגו הקונטראקט דברו כבר על עסק השותפות כמשפט שותפים ולאחר ימים שלח זה השותף אשר לקח הקונטראקט על שמו את חמשים הכסף אשר נתן לרעהו והחזירם לידו באמרו כי לא יחפוץ אותו להיות שותפו וכאשר הגיעו למשפט הוציא את כ"י הנ"ל אשר מלא מכתב עלמו והנה כתב בי' שאם לא יתן לו לזמן ידוע סך קפ"ג כסף מחלית מחיר הארענדא ועוד ת"ר מאות כסף להתעסק בהן בארענדא לא יהיה לו חלק וכחלם בהארענדא ועוד יתחייב ליתן לו מאה כסף מחיר הפסידו ויטעון בעל השטר הלזה כי כן היה התנאים בעל פה בעת לקחו לשותף וע"ז נתן השטר והאחר אמר להד"מ רק שטר בטחון הי' והי' כתוב למעלה אבליגאלאל וועקסיל ותחכו וזה ניכר לעין הרואה גם ככתב אלל החתימה סך מאה כסף ועדיין יש רווח כמה שורות בין הכתב להחתימה וכבר האריך מעכ"ת כי' בזה ביותר:

הנה אודות הקנס נראה וודאי שיש בו משום אסמכתא כמו אם אוביר ולא אעבוד אשלם אלפא זוזי ואינו חייב רק אם יברר שהיה לו הפסד בזה השותפות אזי יש לו לתבוע רק הפסד ולא זולתו וכבר רציתי לומר זה כמה דתנאים כאלה שיש בהם משום אסמכתא מדינא מועילו מדין סטיימותא והבאתי ראי' לזה ומו"ר הגאון זצ"ל השיב לי שאין בזה משום סטיימותא יען אין המנהג פשוט כ"כ בין הסוחרים כי כל פעם אשר יקרה כזה יבואו אח"כ למשפט וכבר באו דבריו ז"ל בדפוס אצל חידושי ר"י מיג"ש על שבועות ייע"ש שהעלה דלא קני:

ובנידון זה יש עוד ריעותא שהרי החזיר לו חמשים כסף שהיה בידו ואם טענתו אמת שהתנה עמו כאשר כ' במגרים שאם יאחר המועד יתחייב לו מאה כסף מדוע החזיר החמשים אשר היה בידו הרי זה דומה למה שכתבו בסוף כתובות דלכ"ע כל שאין שם טעם לומר מדוע עשה כן ומבואר בח"מ סי' פ"ב סעיף א' דאפי' יש כאמנות בשטר אפ"ה מרע לי' חזקה זו וכאמן הוא לומר שובר היה לי ואבדתיו ואף דאיכו כאמן לומר מזוייף הוא אם השטר מקויים לדעת הי"א מ"מ פשוט דנידון זה לא דמי כלל להתם שבא להכחיש העדים מה שא"כ שאין החזקה זו רק ראי' לסתור מה שהוסיף עליו בכתב ידו מכח הנאמנות ושפיר מתרע ע"י חזקה זו באופן שאין לו תביעה עליו לגבות ממנו הקנס ההוא:

ואולם מה שכתב במגרים שאם יאחר המועד לתת סך הנ"ל לא יהיה לו חלק בשותפות בזה נראה לכאור' דלא הוי בי' משום אסמכתא ודמי קלת לאם אוביר ולא אעבוד אשלם במיטבא דלא הוי אסמכתא משום דלא גזים ולתנאי גמור מתכוין ולא להסמיך אף כאן כיון שנראה דלכך לקחו לשותף מפני כי קצרה ידו להחזיק את הארענדא לבדו אם לא יחזיק בתנאו אשר התחייב לעומתו אין זה גוזמא אם מתנה שלא יהיה שותפות עוד ודומה קלת למ"ש המרדכי סוף פ"י דכתובות והובא בש"ע בסי' קפ"ו סעיף י"ו בהג"ה ובסעיף מ"א שם אע"ג דלא דמי לגמרי כמובן מ"מ אין לנו לדונו אסמכתא ולבטלו לגמרי ואם כאמר דכיון דכתוב שהתנה ג"כ שיתחייב לו לשלם מאה כסף ובזה יש בי' משום אסמכתא א"כ גם תנאי זה בטל נראה דוודאי לדעת הרי"ף בפ' המקבל שכתב דאם התנה אם אוביר ולא אעבוד אשלם אלפא זוזי כהי דלא משלם אלפי זוזי מ"מ צריך ליתן לו מה דאוביר בשוה. דאע"ג דמאי דגזים בטיל משום אסמכתא מה דלא גזים קיים א"כ לדידי' פשוט גם כאן דאף דא"ל ליתן לו מאה כסף משום אסמכתא מ"מ התנאי השני קיים כי לא יהיה עוד בהארנדא ואף להרא"ש החולק על הריף וס"ל כיון דהתנאי בטל אינו חייב ליתן לו כלום מפני המנהג והיכא דלא נהוג להרא"ש אינו משלם כלום וכמ"ש הב"י בסי' ר"ז מ"מ נראה דהיינו דוקא באם אוביר יתן אלפא זוזי דהתם לא היה רק דברים האלה בזה אמרינן אחרי דאלפא זוזי בטל הוי כלא התנה אבל כאן שני דברים היו בתנאו שישלם מאה כסף וידחה מן השותפות וכהי דמאה כסף א"ל ליתן אבל תנאי זה לא בטל והרי שם בא"כ דאמרי' אלא אפותיקו דקאמר ר"פ ה"ד דאמר לא יהי' לך פרעון אלא מזו ופורש"י והרא"ש שאמר לו אם לא אפרע לך עד יום פלוני יהי' כל השדה שלך ואף בתוך הזמן לא יהי' לך פרעון אלא מזו. וכ' הרא"ש שם דמ"מ יכול לסלקו במעות דאל"כ הוי מכירה גמורה למקלתו או לכולה יע"ש הרי אע"ג דאם לא התנה הי' יכול לסלקו באיזה שירצה והרי התנה ג"כ שאם לא יפרע בזמנו יהי' כל השדה שלו ותנאי זה בטל אפ"ה מה שהתנה שישלם לו מקרקע זו אם לא יפרענו במעות תנאו קיים וה"ה הכי בנידון זה:

ובזה מיושב מה שתמה הרב"י בשם א"ז על הרא"ש שתמה

על

על הרי"ף שלא הביא מימרא קמייתא דר"פ ומימרא זו שהשמיע ג"כ הרי"ף ע"ז לא תמה כלל הרא"ש והקשה הב"י מ"ש ו"כ דדעת הרא"ש שהרי"ף הי' מפרש כפירש"י הנ"ל ולא הוצרך להביאו לרוב פשיטותו ודחה הב"י דאי משום זה לא היה הרי"ף להשמיטו כיון דהוצרך תלמודין להשמיענו ולהנ"ל נראה דעיקר החידוש בהך אפותיקי דלא כימא כיון דהתנאי בטל במה שהתנה אם לא יפרע בזמנו יהי' כל השדה שלו יתבטל ג"כ מה שהתנה דאף בתוך הזמן יפרע לפי מעותיו רק מזה אם לא ישלם לו מעות וזה לא הוצרך הרי"ף להביא דגדולה מזו כ' בהמקבל דאפי' בדיבור אחד כגון אם אוביר כו' אלפו זוזי אפ"ה קיים וצריך לשלם מאי דאוביר בשוה ואין סתירה לדינו של הרי"ף בהמקבל מהך דהכא דא"כ מאי אשמעינן דהכא לא אמרינן דבכה"ג משכחת אפותיקי דקאמר ר"פ אבל ר"פ ל"ק הכי אבל הרא"ש דפליג התם על הרי"ף הוצרך כאן להביא דר"פ ואין להאריך בזה:

ואולם כ"ז אם ידענו שהתנה כן אבל בנידון זה ש"כ אצל החתימה סך מאה כסף (וכ"ש אם נתברר שהי' כתוב למעלה אבליגאל וועכסיל) בזה פשוט לפע"ד דאינו נכון לומר שהתנה כן כיון ש"כ בכתב עצמו וידוע שהוסיף בן אחר הזמן וכ"ש שיש ריוח עוד בין הכתב להחתימה פשוט כי אינו נאמן בזה כלל ואם א"א כלל לחתוך את הסך מאה כסף הנרשם אצל החתימה כי אז הי' ניכר הזיוף בבירור א"כ ה"ז כמוגרס שכתוב מעבר לדף כנגד החתימה הסך דוודאי אינו יכול להוסיף רק מה שנוגע לענין כאמנות ולא דבר חדש ה"ה כאן ש"כ אצל החתימה סך מאה כסף לא האמינו רק עליהם ולא על זולתם ואע"ג דמוגרס כתבו בצד השני נגד החתימה ומשמעות כתב זה על סך פלוני דמוכח בפירוש מ"מ גם בזה ידוע דלכך כותבין הסך אצל החתימה שלא יוכל להוסיף דבר וא"כ אין יכול לחדש מלוה רק מה שמגיע לסך מאה כסף ולא דבר אחר ולא מהני לראי' ברמיותי' כלום דמאה כסף יש בהם משום אסמכתא וזה הוכחה ששקר נסכו ועל השאר לא האמינו ואם ישבע שלא התנה כלום עמו הרי הוא שותפו כבתחלה ויפה דן מעכ"ת כי' ויש לדון הרבה בדברי התומים במה שדחה דברי השבות יעקב אשר לפענ"ד נראה כי קשה לדחותם וגם כדברי קצה"ח בכי' ק"ח שדיומה חתימה בכתב ידו לנאמנות בלא קנין אלא שכאן נראה דאין צורך לכך.

דברי כדודו הק' מאיר אש:

סימן כא

שאלה להגאון בעל חת"ם זצ"ל.

ילמדינו רבינו רוח אפינו את משפט ראובן אשר קנה עץ מן שר א בשבע מאות זהובים. אך לא נתן כ"א ב' מאות זהובים ויום מועד לתת את המותר וגם יום מוגבל לקחת את העצים מן היער ויחייב את עצמו כ"א יעבור המועד הן מן הפרעון הה' מאות והן מפנות העצים מן היער אבד זכותו ולא יבא עוד ויכתבו כ"ז בס' (קאנטראקט) ובהגיע תור הפרעון לא הי' לאל יד ראובן לצאת י"ח ויבא הלך לאיש עשיר ויאל אותו שיתן בעדו ה' מאות זהו' להשר. ויואל האיש ויתן הוא את המעות בעצמו אל השר. וראובן מסר לו השטר לערבון. ויקבע לו זמן פרעון ושאם יעבור המועד יהיה למלוה כל השטר כי אמר טוב תתי את הב' מאות לך מתתי להשר. ויגיע הזמן ולא פרע ויתן לו זמן שני וגם אותו העביר המועד. גם העביר את היום אשר הגביל לפנות העץ מהיער. נוסף על זה קם היער לאחוזה לשר אחר אשר לא יתן לזרים אשר לא קנו ממנו דבר בוא בגבולו עד כי נואשו המלוה והלוה מכספם ועליהם. והנה ראובן שבק חיים לרבינו ולכל ישראל ואחרי פטירתו ביקש השר מן המלוה הנ"ל הלואה סך מסוים. ויאמר אליו המלוה אדוני הנה בא לאוצרך שבע מאות זהו' חנם ממני. כי לא לקחנו העצים ואתה הואל וקח אתה את העצים כי לעומתך לא יעיז בעל היער את פניו ותוכל להובילם כרצונך. ויאות לו השר כי הוצרך למעות ויקנה העצים בהפסד מועט. ונמצא שיבוא המעות לידי גיבוי. והנה המלוה ישר לב לא יבקש רק מעותיו ואת המותר יחזור ליתומים ואולם יש על היתומים בע"ח וכתובת אשה. ועתה יורנו רבינו אם משפטם לגבות מן המעות הללו:

וירשני רבינו כי להגיע את ספיקותי לכאורה הדין תלוי אם מגיע המעות הנ"ל ליתומים בדין מן השר או המלוה או לא שאם עפ"י הדין אינו מגיע להם ורק מן השמים רוחמו לכאורה אין תביעה לבע"ח ולכתובה עליהן אפי' להסוברים דב"ח גובה מן הראוי' היינו בירושת אבי אביהם או שכר פעולה. אבל זה כמו שקבלו יתומים מתנה ונותן להם לאהבת אביהם דמשמע ודאי שאין בע"ח גובה מהם וכבר כתב כי"ב במ"למ פר"א מהל' מלוה ולוה:

ונסתפקתי תחלה מצד תנאו עם הישראל המלוה. הנה המחבר סתם בסי' ר"ז כדעת הרמב"ם דכ' דבר שהוא תחת ידו ומוחל אותו אליו אין בו משום אסמכתא. ולדעת הרב המגיד בפ"ד מהל' ח"ומ וכן בפ"א מהל' מכירה ה"ה במשכון אין בו משום אסמכתא. תנאי זה שהתנה עם הישראל המלוה אם לא יפרע לו לזמן פלוני יהיה השטר שלו (אם נידון אותו כמשכון אף שאין בו כתיבה ומסירה) תנאו קיים. ואולם המחבר עצמו סי' ע"ג סעיף י"ז פסק דאפי' במעכשיו הוי אסמכת' כה"ג. וכבר התעורר התומים על סתירת הפסקים האלו. ובאמת שיש לחלק בין נתנו לו בתורת משכון דהתם אין הוכחה דגמר ומקני מדמסרו לידו דהרי הוצרך למסור לידו דאל"כ לא הלוה עליו וגם הכ"מ כתב לחלק במשכון. ואולם הה"מ כתב להדיא דאף במשכון דינו של הר"מ. וכמ"ש התומים ומ"מ אין תימא שיסתום המחבר דלא כוותי' דהרי על גוף דינו של הר"מ רבים החולקי' וא"כ במשכון דעכ"פ א"ל דהר"מ מודה לכך סתם המחבר דלא כה"מ. גם אולי מיירי המחבר בסי' ע"ג דאחרי שנתן לו המשכון התנה עמו התנאי הזה וכ"כ הלח"מ לפרש לדעת הה"מ בפי"א מהל מכירה הל' ג' אלא שכתוב עוד לפרש דעת הה"מ דבכל משכון אין בו אסמכת' ולדבריו יסתרו דברי הה"מ במכירה להל' חו"מ:

עוד לא הבנתי לדעת המחבר שסתם כהר"מ. דהרי הקשו על הר"מ דהך מי שפרע מקצת חובו וכו' דע"כ דמיירי באומר דאם לא יתן לזמן פלוני המותר יהיה המעות מתנה ואפ"ה יש בו משום אסמכתא. ותי' הכ"מ דיתן דקאמרי ר' יוסי ור"י הייני בעידי מסירה. וא"כ משמע דע"כ מיירי באם אומר שהוא מתנה שאם לא יפרע לזמן פלוני יתחייב מתחלה על השטר ההוא ואולם אם התנה שיהיה המעות מתנה אין בו משום אסמכתא לדעת הכ"מ וכקו' אליבא דהר"מ והרי בסי' כ"ה פסק המחבר דמי שפרע מקצת חובו וכו' הוי אסמכתא א"כ קנו ממנו בב"ד חשוב והתפי' זכיותיו וא"כ כ' דוקא שאמרו לו שיהיה המעות מתנה ותמוה דא"כ אמאי צריך ב"ד חשוב לדעתו שסתם כהר"מ:

ובגוף תי' הב"י ובכ"מ דיתן דקאמרינן במתני' דמי שפרע היינו בע"מ' יש לעיין דעדיין תקשי לר"ל בגיטין דף כ"א ע"ב דמפרש חתמו תנן ור"מ הוא דאמר ע"ח כרתי הרי משמע דלדידי' לר"י דפליג התם ואמר עד שיהיה כתיבתו וחתימתו בתלוש ס"ל ג"כ דבעי ע"ח. וכן סובר ר"א בגיטין ד' ע"א א"כ איך יפרשו מתני' דב"ב דלר"י מאי איריא משום אסמכתא תיפוק ליה דה"ל שטר שנמחל שעבודו.

וכדומה שא' מן התלמידים הגיד שגם רבינו עמד בזה וירשני אדמ"ו כי' להגיע לפניו מה שעלה על רעיוני בזה אולי זכיתי לכוון לדעתו. כי י"ל ראי' להר"מ. דהרי הר"ן כתב בכתובות ר"פ הכותב דלדעת הר"מ דס"ל דיכול לחייב עצמו מחדש בדבר שאינו חייב א"כ לא הוצרך לומר בב"מ בשקנו מידו דה"ה באומר אתם עדי וק"ק לומר דנקט בחנם קנו מידו וראיתי שהש"ך בס' ש"א כתב דדוקא קנו מידו אבל לא קנ:

מידו

ומידו לא משום דדמי קצת לאסמכת' משום שמתנה אם יאבד וכמ"ש הר"ן שם לענין ערב. ואם כ' הס"ך כן לפי דברי ר' יוחנן הוא תימא דהרי אמר ר"י במס' ב"ב הלכה כר' יוסי. ואולי מזה ראי' להר"מ דכראה דע"כ לא קאמר הר"מ דאם מתנה על דבר שת"י דמהכי. רק לדידן דס"ל דטעמא דר' יהודה דאמר במי שפרע מקבלת הובו וכו' לא יתן משום אסמכת'. אבל לר' יוחנן דאמר בב"מ דף קי"ז דהטעם דאר"י לא יתן משום דאסור לאדם שיהנה ממומון חבירו. וכ' התוס' דאע"ג דאסמכת' קני' כיון שאינה כותנה בלב שלם תקנו חז"ל שלא יהנה ממומון חבירו א"כ אף בדבר שת"י אסור לר' יהודה דאע"ג דלית בי' משום אסמכת' מ"מ הרי עתה אמרינן דאף דאסמכתא קני' מ"מ אסור להנות ממנו מפני תק"ח. ולפ"ז א"ל דלר' יוחנן אדרב' אסמכת' ל"ק והא דקאמר הל' כר' יוסי משום דהוא הי' מפרש למתני' דמתנה אם לא יתן לזמ"פ תן לו שטרו ומה שפרע כבר יהי' מתנה בכה"ג אין בו אסמכת'. ור"י דאמר לא יתן משום דאסור להנת ככ"ל ור"י פליג ואמר יתן. ובהא קאמר ר' יוחנן הל' כר' יוסי אבל בהא דערבון דפליג ר' יוסי ואמר כתקיימו התנאים מודה ר"י דהלכה כר' יהודה באסמכתא לא קני. ויתכן דברי הס"ך בסימן ש"א דאמר דדוקא קאמר שקנו מידו. דבלא קנין הוי אסמכתא. וסוגיין דב"ב ודנדרים דאמרינן פליגי באסמכתא ומפרשו יתן בע"מ הייכו לפי דדחי תלמודא הא דר"י בב"מ קי"ז. דאין הטעם כלל משום דאסור להנות ממונין חבירו ובזה כתישב דברי הכ"מ ולא תקשי מדר"ל ור"א דמשמע דס"ל דלרי יהודה ע"א כרתי דמליכן לומר דאיכהו מפרשי פלוגתא דרבי יוסי ור"י בהך דמי שפרע וכו' כרב יוחנן באם מותר להנות ממומון חבירו. —

והנה באמת לא זכיתי להבין על בוריין דברי הה"מ שכתב בהלכו' חמץ דהטעם דהצריך הר"מ להתנות מעכשיו. משום דנכרי מישראל ל"ק משכון כיון דהר"מ ס"ל בדבר שהוא ת"י אין לך בו משום אסמכתא אפילו במשכון וכמ"ש ה"הם ולאו דוקא במשכון מטלטלי דאיכא דר"י אלא גם בקרקעות וה"ה בשאר תנאים דעלמא דליכא דרב יצחק אמר הר"מ דאין בו משום אסמכתא א"כ מאי נפקא מיני' דנכרי מישראל ל"ק משכון. ואם הייתי כדאי הייתי אומר דהא דס"ל להר"מ דבמחול לך ליכא אסמכתא לאו משום דבריר לן דגמיר ומקני דהא ודאי ליתא דהרי לפמ"ש הכ"מ איכא תנא דס"ל אף להר"מ דבמחול לך שייך אסמכת'. ולפ"ז מכח הראיות דהך שיקנה כנגד ערבוני והך דליצטלן זכותי עדיין לא שמעכו דבריר לן דגמיר ומקנה רק דא"ל הכי. וכיון שהוא עלמו מסרו לידו לא מיבעי במטלטלין דאין מוליאין מת"י אלא אפילו בקרקע כיון שהחזיקו הוא עלמו בקרקע איכא למימר דמוקמינן ארעא בחזקת דקיימא השתא וכמ"ש התוספות ב"ב ל"ב ע"ב בד"ה והלכתא כוותיה דרבה בערא לדעת הרשב"ם דבספיקא דדינא מוקמא בחזקת דקיימא השתא וכמה בעיא דלא איפשטא כמ"ש בתומים בקילור ת"כ וזה יתכן במומון אבל לענין חמץ שפיר הצריך הרמב"ם מעכשיו ואפילו לאח"הפ אסור דהרי עבר ונספק על ב"י וב"י. ובזה היה מתורץ מעילא קושית הראבוכים וגם מאי דק"ל מסתירת הב"י בסימן כ"ה וכמש"ל דלעולם הך דמי שפרע מקבלת חובו מיירי שמתנה דמה שכתן לא יהיה לפרעון. ואפ"ה קאמר ר' יהודה לא יתן כיון דספק לנו אם שטר זה כפרע מקבלתו או לא איך יוליא זה מספק מן הלוה :

ועכ"פ בכדון שלפנינו אם הישראל המלוה קנה את השטר שהשכין אליו מאחר שהתנה שאם לא יפרע לזמ"פ יהיה כלו תליה במחלוקת הה"מ לדעת הר"מ והב"י. לדעתו אם במשכון שייך אסמכתא במחול לך. ואולם כ"ז בדבר שגופו מעות אבל שטר שאינו גופו ממון. ואינו נקנה רק בכתיבה ומסירה והרי לא כתב ומסר לו. ועוד ריעותא אחרת בשטר ההוא דמטלטלין לאו בני שטרא נינהו. אבל עדיין נסתפקתי כיון שזה מנהג ידוע בין הסוחרים שכל מסחרתם באופן זה עפ"י קאנטראקט וכל מי שמוליא הקאנטראקט זוכה במכר ההוא אם נאמר בזה דקני בדין סיטומתא. אבל גם זה רגיל אצלם להתנות אם אני חוזר בו אכפול לך ערבונך וגם בזה אני נבוך כשבאים לדון ע"ז דהתוספות בב"מ

בסוגין דאסמכתא כתבו דקנס שידוכין אין בו משום אסמכתא כיון שרגילין בו כל היום הוי כמו כמו סיטומתא. ובהגה' מרדכי פ' ר"א דמילה הובא בב"י סימן רס"ד כ' רבינו יחיאל דסיטומתא לא שייך רק בדבר שבא לעולם. אבל בדבר שלב"ל לא שייך ביה קנין. ומדברי ש"ש בב"ק סימן ס' משמע דדברי הכל היא. ואולם ראיתי בתשו' הרא"ש כלל י"ג סימן כ' שטענו מורשים דהוי דבר שלב"ל ואינו ברשותו והשיב הרא"ש ודאי מלד ד"ת לא קני אבל מלד מנהג קני. וז"ל אלא שאני רואה מנהג הארץ בכל יום שמוכרין ז"מ ואין בו חזרה וכיון שנהגו כן הוו קנין דאין בו חזרה כדאיתא בא"כ. ולא הבנתי דברי רבינו יחיאל שחילק בין כולד ובין עודה עוברה דאיזה תורת קנין שייך אם כולד הבן שיהיה הוא מל אותו דווקא והוי גרוע מקנין דברים וכ"כ תרא"ש בתשובה כלל י"ב סי' ג' הובא ג"כ בב"י שם והוא חולק בתשובה ההוא באופן אחר בדין סיטומתא דאפשר דבעינן שיעשה מעשה ואם לאו הוי מנהג גרוע. והרי גם מדבריו האלה מוכח דאף בדבר שלא שייך קנין איכא דין סיטומתא. ומ"מ עדיין לא שמעכו אם יאמר כן באסמכתא דאע"ג דאמר כן בדבר שלב"ל. מ"מ א"ל דסטומתא לא מהני רק קנין. אבל אסמכתא דלא קני משום דלא גמר ומקני. אף בהקנה דבר שייך בו קנין מכל מקום אמרינן דלא סמכה דעתו. א"כ אין לנו ראיה דסטומתא מהני דגמר ומקני והתוספות שכ' הטעם בשידוכין סטומת' אולי כתבי רק לסניף. ועיקר הוא הטעם השני ואותו כ' הפוסקים. ולפ"ד המג"א בסימן תמ"ח בטעם הראב"ד ככ' דאין דין אסמכתא לנכרי. אין הכוונה משום דאזלינן בתר דיניהם בעלמא רק כיון דבדיניהם לא הוי אסמכתא גמר ומקני. היה אפשר לדון כן אף בסטומתא. רק שלא הבכתי דא"כ אמאי אמרו בדיכיכו דאסמכתא ל"ק ומשום דלא סמכה דעתה יאמרו דאסמכתא קנין וממילא קני ורחוק לומר דהוי הל"מ ונבלי טעם בתחלה. (ומכ"ש שמליכו מחלוקת תנאים ואמוראים בזה) ואולי המג"א על שתיקתו לאחר הגעת זמן קאמר דבעלמא אמרינן בישראל דהוי מחילה בטעות משמא ובנכרי אמרים כיון דבדיניהם כך הוא גמר ומקני ולשונו לא משמע כן. באופן שלא זכיתי לדבר ברור אם באכפול ערבוני שייך דין סטומתא או לאו. וגם הגדר שיהיה בכלל סטומתא אין ברור לי. אבל זה כראה קלת יותר דהקנין ע"י קאנטראקט אף במטלטלי ולמסור ולהקנות אותו לאחר ע"י מסירה בלבד הוי בגדר סטומתא ויזכה מלד הדין ישראל המלוה לדעת ה"הם אליבא דהרמב"ם. יורינו נא אדמו הגאון כי' דעתו הרמה בכ"ז :

ומצד התנאי שהתנה עם הנכרי שאם לא יקח העלים מן היער אבד זכותו בזה ולפמ"ש ה"הם לדעת הרמב"ם דבנכרי שייך דין אסמכתא במשכון אף במחול לך נסתפקתי מה יאמר ה"הם בשאר תנאים אם התנה עם הנכרי. שאולי דוקא במשכון קאמר דבישראל בדין לא קני אבל בעלמא לא אלא דהכא לכאורה כ"ש דשייך בו דין אסמכתא דהרי מיום נתנו המעות קנה העלים והוא מתנה עתה שאם לא יקחם מרשותו יהיו של השר ועכ"פ הרי לא מסרם עתה ומחלה לידו א"כ משמע דלהר"מ יש בו משום אסמכתא. אבל להראב"ד והרא"ש דכתבו הטעם שם גבי חמץ משום דאין דין אסמכתא לנכרי (ולכאורה כל הסוברים דמעכשיו אין מסלק אסמכתא סוברים כן דא"כ האיך יפרשו סוגין דכ"ש לענין חמץ) ולדידהו כיון שעבר המועד קנה השר מלד הדין העלים. ובעניי משמע לי קלת ראי' לדעת הראב"ד וסייעתו מהא דאיתא בגיטין מ"ג ע"ב כיון שעשה לו כימוסו ומפ' רב שקת זמן. ולא הבנתי איך יובן בלשון כימוסו זמן. אם לא לדעת הראב"ד דישראל מישראל אם מתנה אם לא אפרע לך ליום פלוני יהיה חלוט לך ל"ק בנמוסיכו. ואך בנימוסיהם קנה. ועתה לפ"ז להר"מ זכה המלוה הישראל בשני המאות. ולהראב"ד זכה השר בהם בין כך וב"כ מלד הדין לכאורה אין להיורשים מלדיו כלום. ומעתה אפשר יכולים לומר לבע"ח ולכתובת אשה מתנה היא לנו. ואמנם המעות עדיין לא באו לידי גיבוי ואפשר דלא שייך כאן לומר שהיורשים מוחזקים כיון שהם באים מטעכת דבלד הדין אינו מגיע להם כלום רק מתנה הוא. ומ"מ כראהי לכאורה לדעת רוב הפוסקים זכות ליתומים ומכ"ש דמטלטלין דיתמי

תקנת

תקנת הגאונים בלבד ואיפא למימר הכו דלא הוסיף עלה. —

ולפ"מ שאמר המלוה עד הנה הסר לא בא מאומה לידו מן העלים הנ"ל (דאין מכחיש למלוה וגם הכסף יבוא לידו מן הסר) וא"כ אף אם יהיה דין אסמכתא בכל התנאים האמורים למעלה. מ"מ כיון שעכ"פ הסר זכה במעותיו בשעה שמכר העלים לא מיבעי לדעת הרא"ש בב"ב פרק ח"ה סימן ס"ה שכתב שם בישראל הנותן מעות ובא אחר והחזיק וכו' דאין הישראל יכול להוציא מעותיו מן הנכרי כיון דבדין נכרי קני ואף בדיניו כגמר הקנין ע"י נתינת הכסף שוב אין חייב להעמיד מקחו בידו. וודאי הכא אין לו להסר להחזיר המעות לרוב הפוסקים הסוברים דכסף בנכרי קונה וכמ"ש המ"ב. ומה שהשיג עליו אח יעקב דאינו כן דרוב הפוסקים ס"ל כר"ת דפסק כר' יוחנן דאמר מעות קונות. מ"מ הרי הרמב"ם והרמב"ן והרשב"א והתוספות בע"ז והג"א סברי דנכרי בתרתי. וכמילא דנכרי זוכה במעות אלא אפילו לדעת תוס' והג"א בב"ב שכתב דנכרי צריך להחזיר המעות הא כתבו הטעם משום דמסתמא הישראל נתן מעות על דעתו שיחזיק בקרקעות. מ"מ כאן לא שייך זה דאדרבא הרי נתן המעות ע"ד שהוא יפנס לזמן ידוע וכיון שהנכרי אין עליו כלום והעלים אלו בא באופן שלא בא ליד הסר כלום לכאורה הרי מתכה בעלמא היא ואין לבע"ח כלום בהם. יורני נא אדמ"ו הגאון נ"י ויתמכני בימין לדקו ובאמת גם מלבד היאוש יש לדון הכא שלא אטריח עוד את רבינו הגאון נ"י.

דברי לעיר תלמידו מאיר מא"ש.

סימן כב

להגאון המפורסם מ' אלעזר אבדק"ק מיקלאש יע"א

יורני נא גאון הדרתנו במה ש"כ בזר זהב אשר הכתיר לספר מו"מ לר"ה גאון בשער כ"ז שם הניף ידו ליישב דברי הגאון בעיט רוח חכמתו. ועמד עוד על דברי הרמב"ם דהר"ן בב"י (וכ"ה בס"מ) כתבו דדעתו שאין כ"מ בין למ"ד דיכא או קנסא רק אם כילוף מיני' והקשה מר דא"כ עכ"פ הי' לו להרמב"ם לבאר דקנסא הוא למען דעת דלא ילפינן מיני' גם על קושית התלמוד תמה שם לפ"ד ולא הבנתי דהרי הס"ך בח"מ סימן שפ"ה ס"ק א' הוכיח במישור דדעת הרמב"ם דילפינן קנסא מקנסא כרב ובזה גם קושית הג"מ על תכוכס דהרי מותיב בשבת ד' קכ"ח ע"א מרב לר"ה וע"כ הא דקאמרי הר"ן והב"י דכ"מ אי ילפינן מיניה הייכו למאן דלא יליף מקנסא אבל לר"ה שפיר קא מותיב ושפיר מסייע. ומש"כ מעכ"ת שם ליישב דברי הגאון והרמב"ם דסבירי להו דבין למ"ד דיכא ובין למ"ד קנסא מ"מ אפירי שפירי יהיב וכ"מ להיפוך כמבואר בדבריו וכתב להוכיח כן דאל"כ מה מייתי סייעתי' למ"ד קנסא דהרי גם למ"ד דיכא א"ל דמודה היכא דליכא דיכא קנסינן ודברי הרשב"א שם דחוקים ולא הבנתי דהרי אף לשיטתו יקשה דמאי מייתי מדרבין ב"כ למ"ד דיכא כמ"ש הרשב"א וכן מהך דאוכלא וקבלנות דעשר בוריות ומאי ראיה דלא קנסינן ליה היכא דאיכא למקנסא הא ע"כ כ"ל דלא מייתי רק על גוף הדין של ר"ה וכדברי הרשב"א עוד לא ירדתי לסוף דעתו כלל. במ"ש שם דלדעת הגאון מותר בידים עד רובע ופסק כמ"ד דיכא תכן דהוי קולא ואם הוא רק רובע מותר בידים לערב ואם הוא יותר מרובע וירלה הלוקח לטרוח אפי' הוא מגילא מ"מ חייב המוכר לנכות וקשה דא"כ איך יתרגם הגאון הא דאמר רבה ב"ח קטופסא משני דרב (כ"ה הגירסא בהה"ג וכן בריף והרא"ש. ולפע"ד הוא הנכון ולא כגירסת רבה דא"כ למאן דמפרש טעמא משום דיכא דגרוני קשיא דרבה ס"ל בב"ק ד' כ"ח כמאן דלא דאין דיכא דגרוני) הבורר צרור מגורנו של חבירו נותן לו דמי חיטין ואי ס"ד דמותר לערב בידים עד רובע א"כ מ"מ לא הזיק כלום דעד רובע יחזור ויערב ויותר אפי' ממילא יכנה המוכר בע"כ ולא הזיק לו בבררו כלל ואף גוף הסברא שכתב אדוני הגאון נ"י דכ"מ אם ידוע שיש שם יותר מרובע רק דהלוקח אינו רוצה לטרוח לנפוח רק לנכות לא הבנתי דאסים שם יותר מרובע אמאי יכפח וכי המוכר לעפרורות היא צריך ומוד הדעת נותן דהטירחא כשיש שם בבירור יותר מרובע על המוכר רמי' כי לא אפרי כי הכי יהיב זוזי וכ"ם לפמ"ש מר שם דלכ"ע אפירי שפירי יהיב ולא אמרו שהלוקח יכפח רק כשאינו ידוע אם יש בו יותר מרובע אבל לא בידוע ואולי זה כוונת הגאון בסוף השער ובהרמכא דמרכא הגאון כי' אומר לפע"ד כוונת הגאון מ"ש דמותר לערב וכמ"ש דאם יותר מרובע אינו רק עד רובע ובסוף השער הביא דברי ר"ה יתכן עד"ז דהרי דעת הגאון שם (וברמב"ן בחידושיו העתיק לשון הגאון קצת מתוקן יותר דכל השיעורים הללו שנו חכמים במקום שיש מנהג אבל במקום שאין מנהג ידוע אין דכין השיעורין שהזכרנו אלא רואין היאך מביאין אנשי המקום פירות מן השדה ולפי אותו ענין עושין ולפענ"ד הגאון למד זה כי הוא ז"ל כתב שם דאין לסמוך על הך תירוץ שאני עדשים דמעקר עקרי להו משום דאמרינן אלא טעמא דעדשים כו' הנה מבואר בדבריו דס"ל דרובע עפרורית דתני בברייתא באמת נוהג הן בעדשים ובין בחיטים ושעורים אע"ג דמוכח שם דמסתם חיטי ושערי אין בהן רובע עפרורית. וסתם עדשים יש בהם יותר מרובע הייכו מפני המנהג וא"כ לפי האמת מיירי דבקטנית דאמר רובע קטניות דוקא ולא עפרורות הייכו אם אין שם מנהג ידוע על עפרורות לא מקבל רובע עפרורית אף שיש שם מנהג לקבל רובע קטניות ובזה ניחא שאין הגאון דוחה דברי ר' קטינא ולפי"ז כיון דחיטי ושערי לפי הדרך אין בו רובע עפרורות אפ"ה אם יש שם מנהג מקבל רובע לפ"ד הגאון בזה קאמר הגאון שנים דמותר לערב בידים דהרי ע"כ המנהג כך הוא דהא לפי הדרך אין בו רובע וכיון דמותר לערב בידים ע"כ הטעם הוא משום דבמקום ההוא נהגו הוא למחול עד רובע דאי משום טירחא איך מותר לערב בידים וע"כ משום דמחל ולכך אף דעירב בידים מ"מ כשעירב יותר אין מנכה לו עד רובע למ"ד דיכא דפסק הגאון הכי מטעם שכאמר) ומזה מיירי הגאון בתחלת השער להדיא במקום שיש מנהג אמנם רב הונא מיירי במקום שאין שם מנהג או דהמנהג הוא בפירוש לנכות רק כפי דרך שרגיל להעלות בו כשמביא אותו מן השדה ובזה אמר דאם יש יותר לפי אומד הדעת ובא לנפות מנפה את כולו מלבד דיכא ומלבד קנסא דכיון דאמר לערב בידים א"ל הכי ובזה מיירי הגאון בסוף השער ומ"ש הגאון תדע דכל מה שיש בהם וכו' שפי' שמקבל הלוקח כמנהג מקום ומקום כו' עכ"ל כוונתו כל מקום ומקום לפי מה שמביאין הפירות שם כלשונו למעלה ואפשר שיש קצת חסרון שם דבלא"ה תירוץ לה מר. והא דפסק הגאון וכן הרמב"ם לדעת הגמיי' כמ"ד דיכא תכן אמרתי בלמודי אז הסוגיא היא דהא גורסים בב"ב ד' צ"ה ע"א כגירסתינו' הכי השתא התם כן אסר והן יתיר א"ל ומפרשים כפי' רשב"ם דלפירוש התוספות עיקר חסר מן הספר ולדבריו משמע דלא מסכי תלמידין לקונן ד' ק"ד דאף אם אמר בית כור סתמא ופחת או הותיר הגיעו ולכך רלה הרשב"ם למחוק הגי' ואולם הרב הלי גאון והרמב"ם ס"ל דסוגין דהכא הוי סבר דדוקא אם אמר הן חסר והן יתיר הגיעו ולכך דחי שפיר אבל לפי דמסיק ר"א שם דאפי' בית כור סתמא ודאי איכא סייעתי' לר"ה כי מה שדחה הרשבם מדכפשי דאיכא למימר מעיקרא שוה בשוה א"ל רק רביעו מחול כמו באונאה אינו דומה דסתם וודאי אף דמעיקרא שוה בשוה קאמר ומכין לנו לומר דמחול על רובע לבית סאה כיון שאין התלמוד אומר כן וא"כ מוכח שפיר כר"ה וממילא מוכח דדיכא תכן וכמו שפירשו הרמב"ם והתוס' דאי דאיכא סייעתא הוי למ"ד דיכא וכיולא בו כתב הס"מ בב"ב ד' ק"ד דלא מייתי לדעת הר"י מיג"ש שם להוכיח משום דלא מפרש בהדיא וע"ש ושוב מלאתי ברא"בן שכתב בד"ף ק"מ וז"ל וכן הלכה דהאי תאני ר' אבין בר"כ כוותי' ואע"ג דשני עלי שנוי' אשנוי' לא שמכינן הרי גם הרא"בן ס"ל דיכא תכן ומטעמא דאמרן.

סימן כג

שלום לכבוד מחו' הרבני המופלא ומופלג השנון מהו' משה סג"ל מק"ק מיהאלאוויטץ יע"א.

הנה אסר חקר כת"ר כי' אודות שותפים בין אסר לוה האחד לחבירו

לחבירו שימכר היין וילך וימכור בהקפה והפסידו מכוסס לפי המחיר אשר מכר. ועתה תובע השותף את המוכר שיתן לו דמיו וגם לאחר שנתייקר היין תובע שישלם לו לפי היוקר כי לא הרשה למכור לו בהקפה. והנה הדין מבואר בסי' קע"ו סעיף י"ד רק ספקו של מעכ"ת כי' לענין מה שהפסידו וגם אם ישלם לפי היוקר כי בנתיבות להגאון מליסא פסק בפשיטות דאינו חייב לשלם רק כמה שהי' שוה בשעת המכירה דכל התשלומין גזלן. מזיק. ושומר אינן משלמין רק כשעת הגזילה וכו' מעכ"ת כי' מפקפק ע"ז דנידון זה ל"ד למזיק דכיון דהיין בעין אצל הלוקח מצי השותף לאמר הא לי ייני או מחירו כשל עכשיו אחרי שאין המכר קיים ברשותו כתיקר ושוב כ' דאיכא למימר דאחרי דהשותף המוכר ישלם לחבירו המעות שוב אין כאן פשיעה אלו תורף דברי מעכ"ת כו':

הנה בסי' הנ"ל סעיף י"ד פ' המחבר דעד הזמן הידוע למכור יכול לייסן הפירות אבל הגיע הזמן למכור יכול השותף למכור בלא דעת חבירו ופ' הרמ"א שם דאם מכר לפני הזמן הידוע ונתיקר אח"כ צריך לשלם כפי היוקר והוציאו כן מדברי רש"י ספ"ג דגיטין ותמהו הקצה"ח והנתיבות גם שם דאמאי לא ישלם כשעת המכירה והקצה"ח כ' דלולי דבריהם רי"ו ורמ"א הי' מפרש לדעת רש"י דהא דקאמר כ"מ לשותפי לא לענין לשלם אם נתייקר אח"כ רק לענין אם יהי' תרעומת עליו. ולדבריו הי' מקום לאמר הא דמפרש שם ר"ח שם בענין אחר ממה שפי' רש"י משום דס"ל דאי לענין תרעומות מאי כ"מ בזה שישנה הזמנים הקבועים למכירה אם לא יהי' כ"מ לדינא מגם וכ"מ בש"ך בסי' של"ג סוף סק"א דראוי להיות איזה כ"מ לדינא אם שקול וערו חז"ל בזה ול"ד להיכא דתניא אין לו עליו אלא תרעומת דעיקרו בא להיפך שאין לו אלא תרעומות אבל לשנות מאי דכ"מ רק לענין תרעומות לא יתכן. אמנם יש כ"מ לכאורה אם הלוקח מוחזק בדבר והשותף טוען שלא מכר לו רק חלקו בלבד והלוקח המוחזק טוען שמכר לו הכל אם יהי' השותף המוכר כעד א' לחייב הלוקח שבועת התורה או אם שניי' מכרו בלא דעת השלישי להוציא מיד המוחזק דלפי תירוץ השני שבתוס' בב"ב ד' מ"ג ע"א ד"ה מפני חשיב זה נגיעה שלא יהי' תרעומת עליו ולפי דעת הסמ"ע בסי' ל"ז כן דעת הטור דחשיב זה נגיעה וא"כ יש כ"מ גדולה בזה דידעינן הזמן דכ"מ אם מכרו שלא מדעת א' מהן והלוקח טוען שקנה כולו והמוכרים אומרים שהגידו בשעת המכירה כי רק חלק מכרו לו אין בעדותן ממש דנוגעין הן בעדותן דאומרים כן שלא יהא עליהן תרעומת והר"ח שמיאן בפירש"י הוא משום דסובר כתי' הראשון שבתוספות בב"ב דמשום תרעומות לא חשיב נוגע ולכך א"א לכפירש"י וכיוצא בזה פירשתי בר"פ האומנין מה שמיאן תוספות בד"ה דעתי' עליו בפירש"י ע"ש במהרש"א ואין להאריך בזה ולא כתבתי כ"ז רק להשתעשע עמו. והנה עכ"פ רי"ו ורמ"א כתבו דכ"מ לענין תשלומין דאם מכר השותף קודם הזמן צריך לשלם כפי היוקר וקשה אמאי ישלם יותר והקצה"ח תירץ דרש"י לשיטתי' דס"ל בב"מ ד' כ"ע ע"ב בהנהו שקולאי דתברי חביתא דחמרא דאם שברו שלא ביום השוק צריכין לשלם כשווי ביום השוק ובסי' ד"ש שם הקשה ג"כ על דעת רש"י אמאי משלם יותר ממה שהי' שוה בשעת המכירה מ"ש ממזיק. וגזלן. ותירץ שם דהתם בידוע שהוא ביוקר בשעת השוק ולכך משלם כשעת היוקר והביא ראי' דאיתא בפסחים דלמ"ד דבר הגורם לממון כממון דמי באוכל חמץ של הקדש במועד מעל אע"ג דעתה אין שוה כלום ה"ה בדבר שברור שהוא ביוקר לאחר הזמן אזי צריך לשלם כשעת היוקר ולדבריו הקשה מהך דפסחים על הרא"ש וסיעתו דכתבו בפירוש דשלא בשעת השוק אין צריך לשלם רק כמו שהוא בשעת השבירה. ולכאורה יש לדחות דשאני אוכל כיון שנהנה ודומה להא דאמרינן הדר בחצר חבירו שלא מדעתו בחצר דלא קיימי לאגרא אעפ' שהדר הוא עביד למיגר אפ"ה פטור משום דזה נהנה וזה לא חסר ואפ"ה אם חסרו מעט כ' התוספות והרא"ש ר"פ כיצד הרגל דמגלגלין עליו את הכל והובא בסי' שס"ג סעיף זין (והיש חולקין ש"כ הרמא שם הייגו בגברא דלא עביד למיגר ועיין בב"י בשם רי"ו לא על המחבר אעפי' שכתבו בלשון י"א) וא"כ אף בזה הי' אפשר לחלק בין אוכל שנהנה עכ"פ למזיק אבל העיקר נראה לפענ"ד ברור דלא קשי' כלל מהך דחמץ על הרא"ש בחביתא דחמרא דהתם בחמץ אין שייך כלל לומר שלא ישלם להקדש מפני שעכשיו אסור לכל ישראל אינו שוה כלום דכיון דהקדש רשאי להשהותו א"כ גם עתה יש לו דמים לענין זה דהרי' אם יצא לשלם כמה שוה חמץ שעתה אסור ואחר שבעה ימים יהיה מותר לא יוגרע מערכו רק דבר מועט ואם אנו מחייבין אותו לשלם כשעת אכילתו לפי מה שהיה שוה אז כן שמין את החמץ ההוא כמה שוה דבר שעתה א"א למכרו לשום אדם ואחרי עבור המועד יהיה ראוי למכור וזה דמיו ושפ"י שם תמה להיפך על מה דפטור משום דסובר דלאו כממון דמי וכתב דראוי שיהיה חייב לכ"ע. יע"ש והוצרך הפ"י לפרש דעיקר המחלוקת רק לענין חומש שמוסיף וכ"ז שייך באוכל חמץ אבל התם בחביתא דחמרא הא קאמר בהדיא דבשאר יומא מזדבני בארבעה וא"כ שפיר קאמרי הרא"ש וסיעתו דא"צ לשלם בשאר יומא אם תברה רק כמו ששוה עכשיו והיינו משום דאינו משלם רק כשעת הגזילה ועת השבירה וכ"ש לומר דהוא שוה עתה יותר מפני שביום השוק הוא ביוקר דהרי אזיל דמזדבן עתה בארבעה וזה דמי חביות. ולפענ"ד יש לתמוה על קצה"ח ועל הנתיבות שם בסי' ד"ש שנדחק לחלק בין הך דחמץ להך דחביתא דחמרא לדעת הרא"ש יע"ש:

והנה לפמ"ש הקצה"ח לתרץ דברי רש"י בסוף פ"ג דגיטין יע"ש יקשו דברי הרמ"א אהדדי שהרי הרמ"א בסי' ש"ד כתב דלדעת רוב המפרשים אם שברו בשאר הימים אינם משלמין כשער השוק העתיד להיות ולזה פ' בסי' קע"ו סעיף י"ד דצריך לשלם כשעת היוקר ואולם לדברינו הנ"ל ניחא דהתם בסי' קע"ו דמוכר שלא בשעת זמן מכירה מן הסתם לא יצא השער כלל אעפי' שיש מוכרים עכשיו מ"מ אין זה אפי' שער עיירות רק מפני שצריך למעות מוכר עתה ומזלזל במחיר שוויו ולכן הבא לשום הפירות ההמה כמה הם שוים ע"כ יערוך אותם כשער שוין בזמן המכירה וזה דמיהם עכשיו אעפ' שיפחות מעט מפני הקדימת ממון אבל עכ"פ משערים כפי שהם שוים לייסנם ולא למוכרם עתה ולכך צריך לשלם כשעת היוקר ולענין גזלן ומזיק כ"ע לפי"ז:

והנתיבות כ' הא דבסי' קע"ו משלם כשעת היוקר היינו משום דהוי כמו קבלן שכתב הסמ"ע בקבלן דינא הכי ואולם הרא"ש בב"מ פ"ה סי' ס"ע כתב להדיא דהך דחמרא דזולשפע איירי שהתנה בפי' שאם לא יקנה יחייב יע"ש וזה דלא כדעת הנ"ל כי שם בש"מ מבואר דלדיעה זו א"ל תנאו יע"ש ועכ"פ לפמ"ש הנתיבות ליישב הך דסי' קע"ו סעיף י"ד איך אמר בסעיף יו"ד דצריך לשלם כשעת היוקר אבל החילוק פשוט דהתם היה לו שלא למכור כיון דנשתתפו בדבר הזה והדבר ההוא דרכו לייסן ולמכור בזמנו א"כ ראוי' שישלם כפי מה שקבלו עלמם ולא היה רשאי למכור שלא בזמנו אבל כאן עיקר המכירה בזמנו היה אבל לא היה לו למכור בהקפה וא"כ אינו משלם רק מה שהזיק היינו שצריך לתת הדמים מיד כיון שהיה לו רשות למכור. ומ"ש מעכ"ת כי' דכיון דלא הי' לו רשות למכור בהקפה בטלה המכירה ויכול לומר לו תן לי ייני או דמים כשער של עכשיו הנה אם המכירה בטלה א"א לחייבו כשער של עכשיו שהרי א"א לחייבו רק על שעה שעשה היזק שאם יוכל להוציא היין הרי יוכל השותף להוציאו ואלו באם א"א להוציא עכ"פ הוא לא הזיקו רק בשעה שמכר לו היין ואז לא הי' שוה יותר ולא היה ידוע כלל כי יתיקר היין וגם לא נתכוון להזיק אבל האמת שאין המכירה בטלה כיון שהוא נותן לו הדמים אינו יכול לבטל המכירה וזה מתבאר ממה דאיתא בסי' קפ"ג סעיף ב' דאם לא הודיע השליח בשעה שמכר שהוא שליח אעפ"י שקנה המקח קיים ויהי' הדין בינו ובין משלחו ויע"ש בנתיבות שכתב דכל שינוי שאפשר לשליח לתקן המקח קיים יע"ש באופן כי בנידון זה נראה דאין על המוכר לשלם אל השותף רק כפי הדמים שמכר:

סימן כד

על דברי הט"ז בח"מ סימן קפ"ז שיישב דברי הטור שכתב דאין הפקדון נקנה אל הנפקד ברצות המפקיד למוכרו

לו

לו שתמהו עליו הבאים אחריו אמאי לא יקנה לו רשותו וכתב הט"ז דהטעם משום דרשות הנפקד הוי כרשות המפקיד כיון שמתחייב לו לפקדונו והקשה בקה"ח מקדושין ד' מ"ז דמבואר כי בפקדון אם קדשה והלכה ומלאה שנאבד אם נשתייר ממנו מ"פ מקודשת הרי דקנה אצרה לה את הפקדון ומעכת"ר לייסב קושי' הרבה להקשות על הט"ז מהא דפסק הטור באו"ח סי' ת"מ בנכרי שהפקיד אצלו של ישראל וקיבל עליו אחריות דאם לא ייחד לו מקום עובר עליו ובייחד לו מקום נראה מן הטור דדעת אביו הרא"ש דאינו עובר עליו ולדעת הט"ז אין לחלק בין ייחד ללא ייחד דלעולם אף בלא ייחד הוי ברשות המפקיד ומפני זה יצא מעכ"ת לדון בדבר חדש משום דקשיא לי' עוד על הט"ז מהך דכתובות דף ע"ד דאמר ר"ע בהניח פקדון ביד אחרים יכתנו לכותל שבהן ופירש"י אע"ג דמטלטלי דיתמי לא משעבדי הכא שאני דהרי הן שלא ברשותן אלא ע"כ מוכח מזה דאפילו לט"ז לא אמרינן הכי אלא כשהמפקיד חי אבל לא ליורשיו ומעתה כתב מעכ"ת כי' דהי"ע דאסרינן בחמץ בלא ייחוד משום דחיישינן שמא ימות הנכרי וכן בקידושין איירי בבן המפקיד אלו תורף דבריו:

והנה . מן השני מקומות שהעיר על הט"ז יפה העיר וכן מ"ש לחלק בין המפקיד ליורשיו גם דברים אלה יהכנו יישר כחו וחילו לאורייתא ואולם מ"ש בחילוק זה ליישב קושית קלה"ח מהך דבקידושין דמיירי דוקא בבן המפקיד הוא רחוק להעמיס בברייתא דקתני סתמא ומכ"ש בלשון הפוסקים. וגם לייסב דעת הטור בחמץ ג"כ רחוק הוא שיהיה מטעם חשש שמא ימות הנכרי דע"כ מדאורייתא אינו עובר עליו אף בלא ייחוד ואכן מרבינן מקרא דאם קיבל אחריות עובר ורחוק שניקום לקרא במות הנכרי ועוד הרי מיתה דזמן מועט לא חיישינן לכמה פיסקים ועיין בשעה"מ בהלכות סוכה פ"ד שכ' להוכיח דאפי' לשבעה ימים הוי זמן מועט והנה בלאמת המעיין ברא"ש ריש פסחים ימלא שם קלא שמך לדברי הט"ז שכתב הרא"ש לדחות דעת הסוברים דהמפקיד אינו עובר משום שאמרה התורה בבתיכם וכן גבולך וכתב הרא"ש ז"ל כיון שהשאילו הנפקד בית לשמירת ממונו קרינן ביה ביתו עכ"ל. ואולם מה שחלקו בחמץ של נכרי בין ייחד ביתו ולא ייחד נראה דהיינו עפ"י מה שכתב הטור בח"מ בסימן ר"מ בשם תשובת הרא"ש דהשוכר קונה המציאה כו' וכתב המג"א בא"ח סי' רמ"ו ס"ק ה' דלענין הנאה של שכירות הוא של השוכר אבל הגוף הוא של משכיר דקי"ל שכירות לא קניא ומעתה ה"ע דבלא ייחוד עובר כיון דבאמת הגוף הבלר ישראל אסרה התורה לכשהותו בביתו אלא דאם ייחד לו הבית שרי משום דכתיב לא ימלא בבתיכם דאע"ג דשכירות לא קניא מ"מ התירתה התורה עיין בפסחים ד' ו"ו ע"א ובתוספות שם ד"ה ייחד לו בית ואפשר דר"א ור"פ באמת בהא פליגי ובגוף קושיא של קלות החושן על הט"ז מהא דקידושין רציתי לומר עפ"י מה דקשי לי על הטורי זהב לכאורה דהאיך נפקיע קנינו של הנפקד משום דחצרו אינו קונה כיון שהוא משועבד להמפקיד והרי כיון שהוא מקנה להפקדון הרי חזר חצרו לרשותו ואמאי לא כיומא קנינו וחצרו באין כאחד כמו גבי גט וראיתי בקלה"ח שהביא כן בשם מהרי"ט ויע"ש מה שהוא דחה עליו ולפעכ"דנ עפ"י מש"כ הש"ך בח"מ ס' קל"ח ס"ק זיין ובסימן ר"ב דדוקא היכא דהוי חצרו מעיקרו הוא דקונה ולא היכא דבאין כאחד יע"ש וא"כ כאן כיון שעד עתה היתה החצר קני' לנפקד עכ"פ לענין זה שלא היה קונה לו רק במתנה בעת הקנין אמרינן דיחזיר לו החצר ויקנה לכך לא מהני:

ואולם אף על הש"ך קשה מהך דגיטה וחצ:ה באין כאחד וראיתי בקלה"ח סי' קמ"ח שהקשה כן ותירץ דלענין גט כיון דגבי גט באשה חצרה משום ידה איתרבאי אמרינן דגיטה וחצרה באין כאחד ומעתה לא מבעיא אם אמרינן דחצר דאשה בכ"מ אף בממון משום ידה איתרבאי וודאי ל"ק מהך דפקדון דמקודשת אלא אפי' אמרינן דלא ילפינן ממון מגט עיין בב"מ ד' מ"א מ"מ נראה לענין קידושין וודאי חצר משום יד איתרבאי וכן משמע בגיטין ד' ע"ח ע"ב בהך דזרק לה קידושין דאמרינן לגיטין אבל לא לדבר אחר ובר"ן שם דא"א לחלק בין קנין גט לקנין דקידושין ע"ש דלכך תקנו חכמים בקידושין דאהני קרוב לא אפי' מאה אמה משום דא"א לחלק בין קנין דגט לקנין קידושין משום דכתיב והיתה כראה בבירור אין חילוק כלל עיין בהפלאה כתובות ד' פ"ו ע"ב בתוס' ד"ה האמר ייע"ש ומש"כ הקלה"ח נראה יותר ועכ"פ לדברי הט"ז ל"ל דהא דאמרינן בב"ב ברשות הלוקח כיון שקבל עליו מיירי שלא הי' שם בתורת פקדון רק הי' שלא ברשות או שלא אמר הנח לפני רק הנח לפניך וכדומה או דמיירי שאמר לו תחלה טול פקדוך דמאז פקע שמירתו וכה"ג איכא לאוקמי ג"כ הך דקידושין דאמרה האשה טול פקדונך ואמר התקדשת לי בו גם י"ל בשכבין מה שכ' הטור וכיון לקנות בשכו"ם ידו"ע שהם דברי מותר דאף דאמת הוא דבכל קנינים צריך פיסוק דמים קודם קנין ואי לאו לא קנה מ"מ אין מקומו כאן ומזה הי' נראה דמיירי שלא קנה ממנו כל הפקדון ולא חלק ידוע ממנו רק בהפקיד אצלו כור חטים ולקח ממנו סאיו או שלים דאם הקנה לו בקנין א"ס וכיולא בו וודאי קנה כיון דיש לו אבל כאן בפקדון דהוא בא לקנות מכח חצרו עוד לא כלתה קנינו של הנפקד בחצרו כיון שעוד לו חלק ממנו אבל בהקנה לו הפקדון כולו קנה דקנינו וחצרו באין כאחד עד הנה כתבת להשתעשע עם מעכת"ר ולו הי' התנאי מקבים כתבת אליו מה שהעליתי בסברה זו שכתבתי למעלה לדעת הרא"ש לייסב את דבריו מה שתמה עליו השאגת ארי' בס' חמץ ומוי' כשועה:



סימן כה

ישאו הרים שלום חיים וברכה עד עולם לכבוד ידידי הרב המופלא ומופלג והשנון כקש"ת מוה' ליב גליק רב ומורה כדת ה' ראאלפערטא יע"א:

נעימות ימינו זה ימים הגיעני והאמת אגיד כי לא היה עם לבבי להשיב גם כי אוקירהו אכבדיהו כמשפט לירא ה' וחושבי שמו ית"ש אבל בחלה נפשי' בדברי ריבות ואולם בשבועה העברה היה פה אחיו הרב הנגיד מוה' גדלי' כי' ויבקש ממנו בשמו להשיב והבטיחני כי רק שלום ואמת בקרבה נזאת לא אוכל עוד להתאפק מעשות רלון ירא' ה'. יאען ואומר אשר האריך מעכ"ת כי' ופלפל בחכמה דאם אין דעת הלוקח לקנות ודעת המוכר להקנות אם קנה שלא מדעתו מלא דעת קדושים בעה"י ומרן הגאון בחתם סופר סי' ש"ג כתב דהרשב"א לית לי' הא דראב"ד שכתב המנוקי יוסף בב"ב דף מ"ב בשמו דאם הי' המקנה מכוין להקנות אע"ג דידעתן לא נתכוין לקנות אפ"ה קנה והש"מ שם בב"ב תירוץ בשם הרשב"א באופן אחר ומכלל דלא ס"ל כהראב"ד והגם הרשב"א בגיטין דף י"ע הקשה על הא דקאמר דלמא זקן שאני דידע לאקנויי' מה מועיל מה שהוא יודע כיון דהם אינם יודעים לקנות והוה כעודר בנכסי הגר וכסבור שלו הן ותירוץ כיון דדעת אחרת מקנה אותן שאני הרי דגם דהרשב"א ס"ל לחלק בהכי וזה ימים כבירם כתבתו דברי הרשב"א האלה בגליון מחלת השקל בסימן תמ"ז ואח"כ ראיתי כי הובא כבר בקלה"ח ולפע"ד לכאורה הא דרשב"א. בב"ב משני תירוץ אחר אינו מפאת מחלוקת רק לתרולי סוגיא דהתם באופן אחר והיה כלפע"ד דדין זה תלוי' במחלוקת הראשונים בפ"ק דב"מ דמקשי תלמודן על הא דאמרי דבעינן עומד בלד שדיהו וכי ר"י ור"ע בלד שדיהו של ר"ג עומדין ומשני דמטלטלין אג"ק הקנה להם ור"פ אמר דעת אחרת מקני אותן שאני דהרי"ף והרמב"ם לא כחלקו שם בין מליאה למתנה דלעולם בעינן עומד בלד שדיהו אע"ג דאיכא דעת אחרת מקני אותם לא אמרינן דדעתם מהני להקנות אם אינו עומד בלידו יתכן דאף כאן לענין הקרון כונה כשם שאין קונה בהפקר ה"ה דלא קנה במתנה אבל לדעת הרא"ש וסייעתו דס"ל דקי"ל כר"פ דאע"ג במליאה והפקר בעינן עומד בלידו במתנה לא בעינן משום דדעת אחרת מקני אותו וחשבינן דעת מקנה כדעת קונה לדידי' ה"ה דמהנה דעת המקנה שיקנה הקונה אף מבלי דעתו וכונתו כיון דאיכא דעת המקנה ולזה

שפיר יש לומר כדברי מר"ן הגאון ז"ל ומדתרץ הרשב"א שם בב"ב על ל רב ענן מכלל דס"ל דאפילו איכא דעת המקנה אפ"ה לא קנה הקונה מבלי דעת והא דתירוץ בגיטן דעת אחרת מקנה מהכי התם רבא הוא דאמר. ודלמא שאני זקן דידו לאקנויי והרי רבא אמר בב"מ שפיר עביד דלא קבלה מיני' וע"כ לדידי' א"א לתרץ הא דר"ג רק כר"פ דדעת אחרת מקנה אותן שאני' ולכך דחי התם בגיטן דלמא זקן שאני דידע לאקנויי אבל הרשב"א לנפשי' אולי סובר פהריף והרמב"ס דלא ק"ל כר"פ ולדידהו לא שני להו ג"כ לענין שלא בכונה ולכך תירוץ הך דרב ענן באופן אחר:

ואולם הרא"בד דנראה דגם הוא ס"ל כהריף והרמב"ס שהרי לא השיג על הרמב"ס בפ"ד מהלכות זכיי' ומתנה הלכה ע' ואפ"ה ס"ל דדעת אחרת מהני לקנות שלא בכונה נראה דס"ל דלאו בהא תליא ונראה דדעתו כריף כיון דקי"ל דקטן שהגיע לברור וזרקו אגוז ונטלו זוכה לעצמו והתם ודאי עדיין לאו בר כונה לקנות דהא חזינן לרב אסי בגיטן דף ס"ד ע"ב חפץ ומחזירו לאחר שעה זוכה בין לעצמו בין לאחרים ואע"ג שלא הביא שתי שערות הרי דלא בעינן לרב אסי שיהיה גדול לזכות לאחרים ואפ"ה אם לא הגיע לכלל חפץ ומחזירו לאחר שעה אע"ג דהגיע לכלל ברור וזרקו אינו זוכה לאחרים וע"כ משום חסרון דעת הוא ואפ"ה זוכה לעצמו מדאורייתא להרבה פוסקים אם דעת אחרת מקנה אותן וכמש"כ הפ"י שם בגיטן להשיג על הש"ך יע"ש (וכן מצאתי דעת הרא"בד שהביא בש"מ בב"מ דף ע"א ע"ב) וע"כ הטעם דכל שלא היגע לכלל ברור וזרקו אין לו יד כלל. ולכך אע"ג דע"י אחרים מזכין אפי' לקטן ב"י (וכמבואר דאפילו דמזכי לעובר פליגו אבל לקטן ב"י לא פליגו אמוראי)מ"מ לר"י עצמו כיון שלא היגיע לכלל ברור וזרקו לא מחשב ידו כלל ולא קנה אפי' ע"י דעת אחרת אבל אם היגיע לכלל ברור וזרקו דיש לו יד אע"ג דאינו יודע לקנות ולאו בר כונה הוא אפ"ה כיון דעת אחרת מקני אותן קנה א"כ ה"ה לענין אם גדול אינו מכוון לקנות אם דעת אחרת מקנה אותו מהני ואע"ג דלגבי חצר שא"מ לא מהני להרא"בד דעת אחרת מקנה שלא יהיה צריך עומד בצידו היינו כיון דאינו משתמר זאינו עומד בצידו לאו ידו ולאו שלוחו הוא אבל מ"מ יתכן דכמו דקטן שהגיע לכלל ברור וזרקו קנה ע"י דעת אחרת כן בהיגיע הדבר הניקנה לידו אע"ג דשלא כיון לקנות יקנה כשיש דעת אחרת מקנה ולאו מטעם שלוחו דהרי קטן אינו עושה שליח וחצר דקטן לא קנה אפילו דמתנה ומכר לדעת הרמב"ס ואפ"ה זכה אם היגיע לכלל ברור וזרק ע"כ דעת המקנה מהנה לענין שיהיה קונה בלי כוונה כיון דמן הקתם ניחא ליה לא צריך שיהיה לו דעת רק שיהיה לו יד לקנות ולפי זה בנכרי כיון דעכ"פ יש לו יד לקבות לכ"ע ועד כאן לא פליגו אלא אם משיכה בנכרי קונה בדבר שאינו יכול לכנוס ולאסוף לתוך ידו עד שמשכו לרשותו כשורא וכיוצא אבל בדבר שבא לתוך ידו ממש ודאי קנה וזה מוכרח בכמה ראיות אין העת להאריך בזה (ועיין ברי"ט אלגאזי במה שכתב בפ"ב דבכורות ליישב דברי רש"י ורמב"ן ותיתי ליה דקיימתי מסברה טרם היגיע ספרו לידי וזה שלא כדברי מעכ"ת כי' בתוך דבריו שם להיפוך)יתכן לפי זה דגם בנכרי מהני דעת אחרת מקני אותו בדבר שבא לתוך ידו אע"ג דאינו מכוין לקנות וכן את"ל דחצר דנכרי קנה לו דאע"ג דאין שליחות לנכרי ה"מ ישראל לנכרי אבל נכרי לנכרי הוה שליח וכדעת המ"ב וכבר יישב מהר"ע אלגאזי שם דבריו והשיג על קושית מג"א בסימן תמ"ח אם בא הדבר לחצירו ע"י דעת מקנה קונה שלא מדעתו ופשיט דאין זה ענין לזה שאמרו בב"ב דף ע"א דאין זכין לנכרי משום דלא אתיא לכלל זכיי' דהתם לא בא לא ליד הגוי ולא לרשותו אבל כל שבא לידו או לרשותו (למ"ד חצירו קונה לו) יתכן דמהכי לדעת הרמב"ס אפילו שלא יתכוון:

מיהא זה לדעת הרמב"ס דס"ל דאם בא ליד קטן שהגיע לכלל ברור וזרקו קונה כיון שדעת אחרת מקנה אותו כמו שמבואר בה"מ שם וחצירו דקטן אינו קונה לו אפילו במכר ומתנה אע"ג דאיכא דעת אחרת מקנה אותו מכלל כיון דאינו בר שליחות לא מהני לי' דעת אחרים דמקנה א"כ הא דקנה דהכה בהגיע לכלל ברור וזלקו אינו מטעם שליחות רק כיון דיש לו אע"ג דלאו בר כונה הוא שיתכוון לקנות [ולא מצינו בקנין חילוק בין עומד ע"ג דהיינו מלמדין אותו לכוון לדעת התוס' בגיטן וחולין רק סתמה אמרינן זוכה לעצמו] א"כ בנכרי כיון דיש לו יד אולי גם אם אינו מכוון לקנות מהני דעת המקנה שיקנה כמו קטן ואפילו חצירו להרי"ט אלגאזי לדעת הרא"ש אבל לדעת הרא"בד דס"ל בקטן דאם כתן הנותן מתנה בחצירו קונה הקטן כיון דזכות היא לו וזכין כאדם שלא בפניו לדידי' יתכן דכל היכא דדעת אחרת מועול הוא רק משום זכי' וכיון דאין זכין לנכרי אין דעת אחרת מועיל להקנות לו שלא בכוונה וכמש"כ מרן בחת"ס:

ולפי מש"כ לפע"ד עיקר הטעם יכול להיות דדעת אחרת מהני היינו דכיון דיש לו יד לקנות רק חסרון הכוונה אללו גורס שלא יקנה וכל שיש בדעת המקנה להקנות קנה המקבל יתכן דדעת הרשב"א דהיינו בדבר שהנותן מוליא מרשות ונותן ליד המקבל אע"ג שאינו מכוון מהכי מחשבת וכוונת המקנה שיקנה הקונה כיון שהוא בידו או בחצירו אבל בעודר בנכסי חבירו וקבור שלו הן כיון דאינו מכוון להכות אע"ג דבעל הקרקע מכוון להקנות מ"מ במה יקנה הלה ובמה ילאה הקרקע מרשותו ולכך לא מהכי בהך דרב ענן דקבור שהקרקע שלו גם אם היה בעל הקרקע מכוון להקנות לו ולא דמי כלל להא דגיטן דף י"ע דהזקן מוכר השטר ליד המקנה והכי קוכין ומקנין אח"כ לו ולזה ס"ל להרשב"א דמהכי התם דעת אחרת מקנה אע"ג דלא מכוון ולפי זה כל שהמוכר נותן דבר הנקנה לחבירו או לידו כיון שיש שם דעת המקנה להוליא החפץ מרשות' לרשות הקונה אעפ"י שאין הקונה מתכווין לקנות גם להרשב"א קונה ורק כל שאין בעל החפץ אינו עושה כלוס רק שאחד מבלי כוונה עושה מעשה קנין כהא דרב ענן בב"ב וכל כיוצא כזה שאין המקנה עושה מעשה קנין להככים לחבירו או לידו אעפ"י שהקונה עושה הקניין כיון שאינו מכוון לקנות לא קנה ובזה מיושב קושית מל"מ בפרק ב' מהלכות זכיי' ומתנה וגם בפ"ד מהלכות מכירה יש ליישב ואין להאריך בזה ועכ"פ בנידון שבא לפני מעכ"ת אם אין הלוקח מתכוון לקנות לא קנה ובפרט במקום שהוא חייב לו וכמש"כ מעכ"ת כי' בשם הגאונים וודאי רלו לדון כך גם מטעם קניין ומעות אין לערער כלל גם מתורת מחירות שערעיו לא ידעתי מקום כלל וכמש"כ מעכ"ת כי' ורק אחת אשר לבו מהסס איך נחליט לומר בלא היה כוונת הלוקח לקנות דגם אם נאמר דמה ששילם שכר הנושאים התבואה ומקום למקום היה מפני גרותו בלבד והן מה שמאל מן הקבלים השקים הכל היה להפיס דעתו של המוכר מ"מ הרי המוכר טוען שהי' כם גמורה המכירה וכי הלוקח ביקש ממכו שישתדל לו מקום ובשליחות ישאל המקום מן השר ואם כדבריו כן הוא אין ספק כי הי' בדעת הלוקח לקנות שאם יש הכחשה בכיהם שהלוקח טופן שלא ביקש ממכו שישתדל להשאיל לו מקום אזי על המוחזק לישבע ולפטר ולפי הלעת השאלה הי' שבועות היסת על שכיהם על המוכר אם צא להחזיק מה שקיבל יותר ממה שמגיע בעד שבעים קיבל דגן ישבע ומחזיק וכן הלוקח אם תובע ממכו שישלם לו עוד חמשים ז' הכ"ל ישבע שלא קנה ממכו ולא לוה לו לשאול מקום ויפטר דלא קי"ל כב"כ כידוע זה כלפע"ד לפי מה שראיתי קלעת השאלה המעשה ואולם אם נראה למעכ"ת וב"ד שלא הי' שם כוונת הלוקח אין לדיין אלא מה שעיכו רואות ה" בחסדו יאיר עיכו ובמעגלי לדק יכהליכו ויכחיכו למען שמו

יתי' דברי ידידו הק' מאיר א"ש:

סימן כו

שלום וכל טוב לכבוד ידיד ה' הרב המופלא ומופלג חריף ושכון ופרח כתמר וישגה כארז כלבנון כקש"ת מוהר"ר חיים משה כהנא כי':

נעימות ימינו הגיעני ותנה הקשה לשאול ממני כי ידוע כמה לריך לרחוק מלדון דין תורה ובכידון זה אין מכוס ממני ובפרט באתרא דמרי תלי זייני ה"ה הגאון אב"ד מרי

דאתרי

דאתרי כי' אבל אחרי אשר ראיתי כי ברשותו ורצונו הוא עושה לא אוכל מלע מלכתוב דבר מה בזה בקיצור. והנה באמת כל הבטולים אשר מלא מעכ"ת מדעתו ומדעת עליון כולם צריך לתת לב עליהם והנם רבים עד כי הלוואה וגם העזבון קטנים מהכילם. ומ"מ אמרתי לעיין בהם. והנה אם כוונת לבטל מפני שכתב בזה"ל יהי"ו לקר"ן קיימ"ת כראה דיהיו לשון מתנה והקנאה גם בבריא ולא דמי למניח דיש חילוק בין בריא לש"מ הייכו דלשון מניח משמע לשון סילוק כמ"ש מהרי"ט ולא לשון הקנאה ולכך די שמהכי בש"מ דכן הלשון בש"מ ההולך לבית עולמו ומניח נכסיו וכל אשר לו לאחרים אבל לשון יהיו כיון דהיא לש ן מתנה והקנאה מכין לנו לחלק בין ש"מ לבריא. והנה בב"י סי' רכ"ב הביא תשובת רשב"א שממנו מקור דין זה דיהיו לשון מתנה הוא (כמורשם בש"ע) ושם מבואר דגם בבריא מהני דבבריא מיירי הרשב"א שם כי כתב באומר נכסים אלו לשמעון וכו' דאם בריא הוא מהני מכלל דיהיו שכ' בתחלה בפשיטות דמהני גם בבריא הוא וכמו דהרי הוא שלו. הרי הן מקודשין. הרי הוא הפקר. מהכי כן יהי' ג"כ מהכי ובפרט שכ' בתחלת הלוואה בזה"ל שאי"ה לאח"מ יוחלק עזבונו דהייכו שאשתו ויוחלק לשון מתנה והוי לשון מתנה בתחלה דמהכי וקאי לשון יוחלק על כל הפרטים המוזכרים אחרי כן ואינו דומה למ"ש מהרי"ק בשורש ל"ד יע"ש כמובן) ואף לדעת הר"י מגא"ש בש"ע סי' רכ"ג סעיף ג' דבכל לשונות ההם המוזכרים שם לא מהכי בברי הנותן מ ד גופא ופרי דהי' לו לומר לשון הווה ולא לשון עתיד דאין ענין ללשון עתיד רק בש"מ דנותן לאח"מ דרך לומר בלשון עתיד (כן נראה מדברי הה"מ שהביא הב"י ודברי הסמ"ע שם ס"ק ע' מגומגמים קצת יע"ש) אבל לברי שייך לשון הווה והייכו אם נותן נכסיו הכל אבל זה שנותן מהיום ולאח"מ מכח הקנין גוף מהיום ופירות לאח"מ אין לנו לפסלו מפני לשון עתיד כי שפיר לשון עתיד על הפירות והגוף נקנה לו מהיום. ואפוכי פלוגתא בין הפוסקים לא מפשינן:

ואשר כמלא בלוואה ארב"ע מאו"ת זהובים לק"ק ומבואר בסי' רכ"ג סעיף י"ח דאמרינן מנה דוקא קאמר ואין מטבע נקנה בחליפין אמנם באמת כן הוא אבל בלוואה זו בכל פרט ופרט כתוב מלת סך. ופי' מלת סך הוא לשון חשבון בידוע בב"ב אסכויי הוי מסכי להו ובע"ז סך קירי וכן פירשי והערוך ואחרי כי כתוב בתחלת הלוואה יוחלק עזבוני דהייכו וכו' ומוכה והולך ואומר לק"ק יהי' סך כראה דר"ל בעזבינו יוחלק לחלקים ולהק"ק יהי' חלק העולה לחשבון ארבע מאות זהובים ולא הקנה מטבע כ"א חלק מנכסיו שוה ארבע מאות והייכו מהיום גופא ופירי לאח"מ ואע"ג דהרמ"א פסק בסי' רכ"ז דמוקדש מהיום ולאח"מ אין ההקדש חל הייכו בהקדש בדק הבית ממש ומטעם שכתב הרשב"א בתשובה דאי אפשר לו לומר דגופא מהיום להקדש והפירי יאכל הוא דכיון דקדיש גופא גם גדולי' אסורים וע"כ תנאי או חזרה הוי ומספק אין מוליאין מן היורשים וגם זה ל"ע לדעת הסוברים דאף תוך כדי דיבור אינו יכול לחזור בהקדש וכמ"ש הסמ"ע בפשיטות ומ"ש הש"ך בסימן רכ"ה מסוגיא דב"ק כבר הבאים אחריו ז"ל יישבו דברי התוספות והר"מ וגם אני בעניי' אמרתי ליישבו אין כאן מקומו ועכ"פ חידוש שלא עמדו בזה מדברי אלו ועכ"פ בהקדש עניים דיכול להכות מן הפירות אף דגוף של עניים בזה מהכי אף להרשב"א מהיום ולאח"מ ובאמת דמסתיימת לשון הרמ"א קשה מ"מ ילמד סתום ברמ"א מן המפורש ברשב"א וכ"כ אחרונים ז"ל עיין בקלה"ח שכתב דר"י כתב להדי' כן ואשר כתב מעכ"ת כי' לבטל משום דלא מטי' לידי' ואע"ג דאיכא קנין ובשטר הקנאה לא בעיכי מטי' לידי' מ"מ הרי כתב הסמ"ע בסימן רכ"ח לפרש דברי הטור שלריך בכה"ג שכ' בשטר לאחר מותו לריך להגיע לידו וכו' שאין מי שיחלק ע"ז הכה מ"ם הסמ"ע לפרש לשון קנה מיד שכתבו הטור וב"י בש"ע דהייכו מיד שהגיע השטר לידו ושיים דהב"י שפי' דאם הגיע לידו קנה למפרע הוא ללא לורך אם דעתו דבאמת לא קנה רק משעת דמטי' לידו ל"ע דכל קנין שאינו קונה בשעתו א"א לו לקנות לאחר זמן דהדר סודרי' למרי' כדמוכח בנדרים וכמ"ש הפוסקים ואפילו להרמב"ם ושיעתו דמעכשיו מבטל אסמכתא וקנין בלא ב"ד חשוב אינו מבטל אסמכתא מ"מ כ' הב"י שם תירוצא לחלק לא שייך לכאן ומכ"ש להתוס' ורא"ש דהוכיחו מכאן דמעכשיו אינו מבטל אסמכתא בעלמא בלא ב"ד חשוב אינו מבטל ואם גם דעתו כדעת הב"י דקני למפרע אם הגיע השטר לידו קני משעת קנין א"כ משמע מתוס' ורא"ש בב"מ דף י"ט ע"ב ד"ה והא אידי ובב"ב דף קל"ה ע"ב ד"ה כל שכתוב משם משמע דלית להו דבהקנאה לריך שהגיע לידו ואם הגיע קנה למפרע דאי הוי ס"ל כהטור לא הולרכו לומר דמתוך דקתני מתכותי שכ' בה בפירש מהיום ולאח"מ אם לא אחזור בי דלא מליכו בשום מקום לשון כזה הוי להו למימר דמוקי מתני' דמתכות שכ' בה קנין דאם לא אמר תנו חוששין שמא כמלך ולא מטי לידי מעולם אבל אם אמר תנו כותבין דליכא למיחש למידי כיון דקני למפרע מ"מ בשטר זה שכתב בו לאח"מ דיו להקנין שיגרום שלא כתרעל השטר לגמרי דאין שטר לאחר מיתה לזה גורם הקנין שיהי' מועיל כמו מהיום ולא יגרום הקנין ג"כ שלא יהי' לריך לימטי לידי' ולזה כתב שם דאם יש זמן בשטר וקנין אזי מודה הטור דלא בעיכן דלימטי לידי' [ובזה אפשר ג"כ לדחות מה שכתבתי לעיל מדברי התוס' והרא"ש] מעתה בשטר זה שכתב בו זמן א"ל שיגיע לידו ואע"ג דכ' הרמ"א בסי' רכ"ח דה"ד אם לוה לכתוב זמן או שלוה לכתוב שטר מוליא וכו' הכה כן הוא בעדים אבל זה השטר שכתב הרב ז"ל ובתורת ב"ד כל שאפשר לקיים השטר ראוי לקיימו דלא חיישינן לב"ד טועין וב"ד בתר ב"ד לא דייקי:

ולפמ"ש מהרי"ט בתשובה שהביא המל"מ בפ"ד מהלכות מלוה דבמקדיש שיהי' הקרן לעולם דאין לעניים בקרן כלום ומותר להלות בר"ק לפמ"ש הגאון כי' לא שייך כלל מהיום ולאח"מ דלעולם אין להם בגוף הקרן כלום באמת כי דבריו נכונים וישרים רק לפי"ז בטלנו כל הקרן קיימת לא מבעי להסוברים דאין שום אופן שיכול להקדיש דשלב"ל אלא אפילו להסוברים דיכול להקדיש וחל מטעם הכדר מ"מ אם מת אין היורשים שיורשים הגוף לריכים לתת מהפירות כלום ומה לנו לפלפל אם יש בו משום רבית והרי הגוף הוא של יורשים וממילא הפירות ג"כ שלהם והם הבעלים אבל כראה לפע"ד דכל מקדיש לקרן קיימת והפירות לעניים הייכו שמקנה הגוף לפירותיו ולכך אין להיורשים כלום בהקרן ולפ"ז יתכן לומר שפיר שמקנה הגוף מהם לפירותיו שיזכו בהם לאח"מ:

ומ"ש מעכ"ת כי' דכיון דלא ידענו אם היה לו נכסים הללו בשעת הכתיבה והקנין אין להוליא מן היורשים גם בזה יש לעיין הרבה דהרי אף להסוברים דגם בהקדש עניים אמרינן ספיקא לקולא מ"מ מבאר שם דכל היכא דאיכא חזקה לחיובא מחייבינן כראה לכאורה מבואר דעכ"פ חזקת ממון דבעה"ב הפקיע רחמנא לגבי עניים וכן לכל מתכות כהונה ועניים וכדאיתא בחולין דף קל"ד ע"א יעיי"ש וכבר האריכו בזה רבותינו הראשונים והאחרונים. ועיין בש"ך יו"ד סימן רכ"ט ס"ק י"ד מה שהקשה על הגה"מ דלכאורה כראה דהגה"מ ס"ל דדוקא כל היכא דאיכא חזקת פטור כמו בגר שכתגייר וכמ"ש רש"י שם בחולין אבל הגה"מ מיירי שהיה בידו מעות של לדקה וחלק אותם וכסתפק עתה באלו אם הם של לדקה בכה"ג אע"ג דליכא חזקת חיובא מ"מ גם חזקת פטור אין כאן ובהגמ"ר סוף חולין לחד תירוץ אפילו רובא וחזקת ממון מסייע לבעה"ב דהא רוב התבואה חולין אפ"ה לא אזלינן בתר רובא וחזקת ממוני ע"ש ועכ"פ היכא דאיכא חזקה מסייע לחייב את הבעלים לא יועיל חזקת ממון ורגיל אני בזה לתרץ מה שתמהו על הרמב"ם בהך דתקפו כהן ולא אאריך בזה שאיכו מן הענין אך אחת אמרתי ליישב מה שהקשיתי זה ימים על הגמ"ר בחולין פרק הזרוע שכתב דהקונה מן הטבח ככרי הראש והזרוע וכו' דפטור מן המתכות דכיון דכהוג דאם כמלא טריפה מניחו לגוי כמלא דבשעת זביחה לא היה עדיין שלו דאין ברירה דאע"ג דרוב בהמות כשרות דאין הולכין בממון אחר הרוב והקשתי דא"כ לר"ש דס"ל דטרפה פטור מראשית הגז א"כ איך משכחת דחייב וכהי דאיכא למימר דבראשית הגז אין לריך שיהיה מבורר בשעת גיזה מ"מ תימה הוא שלא יהיה חייב בראשית הגז אא"כ

כשחטו וכדע שלא יהיה טריפה או שיששה י"ב חודש ולא עוד אלא שהר"ן בפרק ראשית הגז מלדד לומר דראוי לפסוק כר"ש ואולם להכ"ל כיון דוודאי כל היכא דהספק בין הכהן לישראל ראוי ליפות כח הכהן וכ"ש דאיכא רובא דאע"ג דאין הולכין בממון אחר הרוב מ"מ ה"ד משום חזקת ממון ובמתנות כהונה ועניים לא מהני חזקת בעלים אפי' בספק שקול לדעת מרדכי מכ"ש אם הרוב מסייע אבל בכה"ג דקונה הראש הוי דומיא דגר שנתגייר דהם עיקר הדין תחילה אם הבהמה בשעת הזביחה היא של גוי או של ישראל ועכ"פ היכא דאיכא חזקה להוציא כמו חזקת קמא דהוא רק חזקה דמעיקרא זכו העניים אע"ג דיש לבעלים חזקת ממון וכן במתנות דגר לא היה בחזקת פטור הוי אזלינן לחומרא מעתה בענין המקדים לעניים מהיום ולאח"מ אם הספק אולי אין אלו הנכסים שהקדים ולא באו מחמתן כהי דכה"ג בכותן מתנה בכה"ג על המקבל לברר וכדעת הטור וסייעתו מ"מ הא וודאי דסברת כאן כמלא וכאן היה חזקה היא וסברה אלימתא כמו חזקה דמעיקרא אלא דס"ל דלא אלים כאן כמלא וכו' להוציא מחזקת יורשים וזה לענין הדיוט אבל הקדש עניים כיון דחזקה דמעיקרא מהני להוציא ה"ה כאן כמלא כאן היה דלא גרע מניה ועדיף יותר דמהכי לדעת קצת גם להוציא בסוגיא דממון :

סימן כז

שאלת אודות שעה"ז שנכתב כנהוג שאם ירצו הבנים לסלק בחלי חלק בן זכר הן בראוי והן במוחזק הרשות בידם ואח"כ לפני גמר החלוקה מת אחד מן הבנים והניח סך ידוע להורים לאחיו ותחפוץ הבת גם מנכסי אחיה חלק כי המה ראוי לגבי' אביה. והורה הסב יעקב דלא מבעי' לדעת מהרש"ל ורמ"א וסייעתם שהסכימו דאם מת ראובן בחיי יעקב ואח"כ מת יעקב צריכין בני ראובן ליתן חלק לבת מנכסי יעקב דוודאי ג"כ הדין כן רק דאפילו לבעל שארית יוסף דחולק ה"ד התם משום דאומרים הבנים להבת דמכח אבוה דאבא קאתינא. אבל בנידון דידן גם הוא מודה דהאב בקבר יורש תחילה ואח"כ מורישו לבניו ומקרי ראוי לאב וממילא הבת יורשת וכתב שאין לומר דא"כ אחים דכתב רחמנא למה דכבר הקשו תוספות ב"ב דף ק"ח קושיא זו. ומדברי התוספות הללו מוכרח דס"ל דאחין גם הם רק מפני המישמוש ירשו דאל"כ לא הקשו כלום דהרי הוצרך לכתוב אחין להורות שהם יורשים עצמיים. וכ"מ כה"ג או לבע"א למ"ד דנוטל בראוי אלא ע"כ כדאמרן את"ד הסב יעקב והש"ב בסימן ד' הביאו וחלק עליו דלהיפוך מוכרח דהרי קשה קושית מהרש"א שם דמאי קאמר יכול יהא קודם לבן. ואיך אפשר לומר דאב קודם לבן דאיך ס"ד כלל דאב קודם לבן א"כ אחים דכתב רחמנא ל"ל דהשתא לפי הס"ד לא שייך תירוץ התוספת (וייע"ש מה שסתר דברי הבית יהודא בדברי מהרש"א יעיי"ש ולא דמי כלל למדקדק רק דבלא"ה דברים שאינם הם לפמ"ש בד"ה יכול יהא קודם לבן בתחילת הדיבור הן לתירץ הא' והן לתירוץ הב') והוא כתב דעיקר קושי' התוס' אחים דכתיב הקרוב קרוב קודם א"כ כל שאין קרוב יותר הוא יורש עצמיי מבלי מישמוש נחלה ולא צריך למישמוש נחלה רק כגון אב ובן הבן דוודאי אב ובנו קרוב יותר ולכן רק מפני מישמוש נחלה יורש בן תבן אבל בלא"ה אין כאן מישמוש. וא"כ הקשו התוס' שפיר אחין דכתב רחמנא למה לי ול"ק קושית הס"י דאצטרך שיהיו יורשים עצמיים דכיון דכתיב הקרוב קרוב קודם בלא"ה כיון דליכא קרוב יותר הוא יורש עצמיי כו' וכל זה הייתי אי כתיב הקרוב קרוב קודם אבל אי לא כתיב בוודאי הוא דכל הקרובים אינם יורשים רק מכח מישמוש. וא"כ לא קשה קושית מהרש"א דהו"א דאצטרך אחים להורות דהם יורשים עצמיים יעיי"ש דהעלה מכח זה דהא דפליגי הגאונים על השארית יוסף ה"ד היכא שיש אב לאבי אביהם דאפ"ה קובר הס"י דמצי לומר מכח אבוה דאבא קאתינא. והגאונים חולקים עליו אבל כשאין אב לאבי כ"ע מודו להס"י דהבני בנים הם יורשים עצמיים דאטו בר קשא דמתא לירות כיון דכתיב הקרוב דקרוב קרוב קודם יעיי"ש שהאריך. ויש לתמוה עליו איך יאמר דכל הכי עובדי דאיתא בתשובות רבותינו האחרונים מיירי במציאות כזה שיש אב לאבי האב דווקא ואיך יסתמו הגאונים בתשובתיהם (אם לא שירצה הוא לחלוק על כולם) זה אין הדעת סובלתו והכ' הוא מתרים לטוונת הסב יעקב שהוכיח דין מכח קושית התוס'. ואיך הוכיח הוא דין חדש מכח ק"ק שהקשה מהרש"א ושערי התרוצים לא ניכעלו. והנה יש ליישב קו' המהרש"א עפ"מ שכתב התוספת שם דאיצטרך אחי האב ללמד מישמוש נחלה למעלה והנה ע"כ אין כוונת התוספת דאם לא כתיב קרא לא הוי ידעינן שיהיה נחלה משמשת ולא יירשנה אחי האב כשאין שם קרוב אחר דאטו בר קשא דמתא לירות אלא כרואה דכוונתם דלא הוי ידעינן דיורשים מפני מישמוש נחלה וכ"מ לענין כמה דינים דאם היה להמת שני אחי האב ומתו זה הניח בנים וזה בנות דאם היו יורשים מצד עצמם ולא מפני המישמוש לא הי' להבנות חלק במקום הבנים דבכל הירושות מקשינן לירושה דבן קודם לבת משא"כ עתה דשמענו מכח יתור אחי האב דנחלה דממשמשת נוטלת חלק אביה (וכן יש עוד כ"מ אחרים ואין להאריך) והנה זה שאנו אומרים דמדכתיב אבי האב ידענו דנחלה וממשמשת להקשות מנא לן דמפני המשמוש הוא יורש דלמא מפני שאין שם קרוב אחר ומניין לנו לחדש משמוש נחלת למעלה דכבר אמרנו דעל זה לא צריך קרא :

והנה הריב"ש תירץ קושית התוספות אחי האב דכתב רחמנא ל"ל דאצטרך דאי לאו אחי האב לא הוי ידענו דקראי שלא כסדרן כתיבי כשמע מדבריו דאין להקשות לכתוב קרא סדר נחלות כמשפטם באמת אב קודם לאחין ולא אצטרך אחי האב וכמ"ש הרא"ש בביאורי הסמ"ג להלכות מגילה ס"ף אות ע' דלשתוק אמרינן. לכתוב לא אמרינן יעיי"ש והתוספת סתרו דבריו דאף אם לא כתוב אחי האב הוי ידענו דקראי שלא כסדרן כתיבי דאל"כ אמאי כתב כלל לשארו דאם שיירש כשאין שם אב ובת ואח פשיטא ואם לומר שיהיה מאוחר לאח א"א לומר חדא דמלד הסברא משמע בקוגין דידענו דאח קודם לאב ועוד אם מלד הסברא אב קודם לאח לא לכתוב לא שארו ולא אחי האב לפי האמת והנה דברי הרשב"א נכונים לפי המסקנא אבל אם אב קודם לבן אע"ג דכתיב שארו לבסוף מ"מ כיון שאתה מקדימו לאח ראוי להקדימו לכל הכתובים בפרשה. א"כ אין להק' ות אחים דכתב רחמנא למה לי' דאי לא כתיב אחים מניין הייכו יודעים דשארו שלא כסדרן ואב קודם לבן דלמה קראי כסדרן כתיבי ואצטרך שארו להורות שיורש מיד אחרי הבן קודם האח דהרי מלד הסברא אח קודם ולכך אצטרך להורות דאב קודם ואין לנו לומר דקראי שלא כסדרן ומאי אמרת דאפ"ה מוכרח דשלא כסדרן כתיבו מדכתיב שארו בתר אחי האב א"כ אצטרך אחי האב לגופי' דכדע דקראי שלא כסדרן וא"כ אין לנו ראי' למישמוש נחלה למעלה דלמא אחי האב דכתיב הייכו מפני שאין קרוב סיננו וא"ל ה"כ למאי אצטרך דעתה דלא כתיב אחים אצטרך שכדע דקראי שלא כסדרן כתיבו :

וגם יש לפרש ולומר דהרי התוס' בתחילת הדיבור כתבו לתרץ קושיתם דאיך ס"ד דבן מאוחר לאב א"כ לעולם לא יירש הבן דהאב יורשו בקבר ותי' בתי' השני שאותו תפסו לעיקר כדמוכח בדבריהם למעיין דהיכא דיש בן ובת ואב לא כאמר דממשמשת והולכת. והנה המרש"א שהקשה קושיא זו דאם ל"ל לס"ד דאב קודם הבין דברי התוס' לפי הנראה דלעולם למי שהנחלה בידו גם מכח מישמוש אם יש לו בן או בת אין הנחלה משמשת למעלה אף שהאב קודם ולכך הקשה שפיר דגם לפי הו"א דאב קודם אין לורך לכתוב אח דאם יומשמש הנחלה לאב הרי יש לו בן והוא האח של המת ויירשנו. אבל לפי"ז לא הלרכו תוס' לומר לעיל בתירולם היכא דיש לו בן או בת ולכך יתכן לומר דלעולם אם נחלה משמשת עכ"פ שוב האב קודם לבן לפי הס"ד ורק היכא דיש להמת בן או בת או אח אז אין הנחלה ממשמשת וה"ה אם יש לו אחי האב אבל היכא דאין לו אחד מאלו אז באמת הנחלה משמשת למעלה וכיון דע"כ הנחלה משמשת ממילא משמשת עד למעלה ואל תתמה שהרי כ' התוס' לתי' הראשון דס"ד דקרא מיירי בגר. וא"כ כ"ש דיש לומר כה"ג. ואם כוונת התוס' כדאמרן ממילא אין קושיא דלא לכתוב אח דהרי באלו הקרובים

הכתובים בלבד אמרינן דיורשים ממלך עלמא לפי הסו"ה דאב קודם לבן. אבל לפי האמת אין חילוק ואיך שיהי' עכ"פ אין להוכיח מכח קושיא זו דין חדש כזה היפך משמעות הפוסקים:

והנה גם לפ"ד דהקרוב קרוב קרוב קודם ומגלה דפל שאין שם קרוב אחר הוא יורש עלמיי מבואר דאם לא כדרש הקרוב לזה. נשאר הדבר להסברא החילוקה דהוא רק ממלך מישמוש והרי למאן דכפק ליה דאב קודם לאח מוהעברתם. ודרים שאמרו לו וכתב המהרש"א לקונן דלרבא אמרינן דהקרב אליו קאי על אשתו וכדכתיב כ"א לשארו הקרוב אליו ויש ראיה לדברי המרש"א מדברי רי"ף ריש הלכות טומאה שם הביא הרי"ף תורת כהנים דדרים הקרובה למעט ארוסה אליו למעט גרושה: (ע"כ מצאת מכ"י קדשו)

סימן כח

אשר הקשה ידידי על הא דאמרי' בגיטין ליוא כתנאי ובעי למימר דלר"מ הסח"כ שוי' היזק דהא בב"ק דף ע"א פרכינן שור הנסקל גאו דמרי' קא טבח ומשני דר"מ סבר לה כר"י דאמר החזירו שומר לבעליו מוחזר ולעיל כתבו התוס' ס"פ שפ"כ די"ה דלר"י ע"כ חסח"כ לא שוי' היזק. ולפענ"ד אפשר לו' עפ"י מה דקשיה לי' על שיטת ר"ת דכתב דשור הנסקל איכו כאסר מחיים יעוי"ש בסנהדרין דף פ' ור"פ כל הזבחים שנתערבו וכתבו דמשאי טעמא בשור הנסקל חייב על טביחתו ולא אמרינן כל שאינו במכירה איכו בטביחה משום דיכול למכרו לרכוב עליו לבית הסקילה ויקשה לפ"ז דמאי פריך שור הנסקל איסורי הנאה כינהו לאו דמרי' קא טבח דהרי איכו כאסר מחיים ואכתי דמרי' הוא ולריך לומר דאע"ג דלר"ת איכו כאסר החיים מ"מ מודה דמיד שעסה בה מעשה טריפה ובפרט לדעת הרמב"ם דנקובת הוושט ופסוקת הגרגרת הוה כבילה מחיים (וכבר יישב הת"ש דברי הרמב"ם על ככס בי"ד סי' ל"ג) ומאז חייל ג"כ עליו איסור שור הנסקל ופריך שפיר דלאו דמרי' קטבח דמכי נקב הוושט או פסק הגרגרת נאסר ואידך לאו דמרי' קטבח ואולם כ"ז לסברת ר"ש שם דף ע"ב ע"א אבל לרב הוכא ברי' דרבא דאמר כי קא מחייב אהאי פורתא אע"ג דאידך איסורי הנאה כינהו לדידי' מעיקרא לא קשיא מעתה איכא למימר דהמקשה בגיטין היה סובר כרב הוכא ברי' דרבא ודו"ק:

ויש לי עוד מילין בזה לולי כי אין הפנאי להאריך ואולם מה שדחה ידידי וכתב דא"ל דהמקשן סבר דפליגא אם אומרי באיסור הנאה הש"ל גם ז"א דהרי בדף ל"ח איתא האי סוגיא כו' ומדפליג ר"מ במסכה גבי עבדים וס' דמאי אמר הש"ל משמע דבשארי פליג ולא ירדתי לסוף דעתו דאם איכו טעו' שפלטתי המהירות מאי קאמר מכלל דבשארי פליג אדרב' תלמוד להיפךמדפליג בעבדים דווקא מכלל דבשארי לא פליג ואם טעות הקולמים הוא ורלה לומר מכלל דבשארי לא פליג א"כ שפיר מלינן לומר דפליגו אם אומרין באיסורי הנאה הש"ל ואולם אם דקדוק זה אלים כ"כ בפשטות מלי להקשות דהרי שם בגיטין פריך ממתני' דגזל חמץ ואסיק בתיובת' מ"ד הסח"כ ל"ש היזק וא"כ איך בעי לו' דר"מ סבר הסח"כ ל"ש היזק דהרי מדפליג ר"מ בריפא בעבדים מכלל דבסיפה מודה אמנם לע"ד אין זה קושי' כ"כ לומר מדתכן במתני' פלוגתא דר"מ בריפא מכלל דפליג בסיפא דהרי ע"כ לריך טעם דרבי פעם שתים מתני' ולא הביא החולק ופעם סתום והביא גם החולק יעוין פ"א ממסכת עדיות משכה ה' ובפי' הרמב"ם וחרא"ד שם ולדבריה' רלה רבי לסמוך כי היכא דהיכא סכיף על דברי ר"מ בעבדים ולא באיסורי הנאה והאות על זה דלא קאמר כדפריך שור הנסקל לאו דמרי בקילור כגון שמסרו לשומר ור"מ לטעמי' אע"כ דאין הכרח וכיון שכן הדרן לתירוליכו דלעיל.

סימן כט

ישפות ד' שלום וישע רב לכבוד הרבני המופלא חרוץ ושנון וריח לו כלבנון כשק"ת מוהר"ר לבי ארי כי' לכלה:

נעימות ימינו הגיעני שבוע זו והנה אנכי עתה איככי בבריאות בט"י ומעכ"ת כי' יבוא להכריע בין הרים גדולים בין מהרח"ש ובין האחרוכים הגאוכים המל"מ והח"ל בסי' ק"ב בדין גזל אתרוג מחבירו דדעת מהרמא ז"ל שיכול לפטור עלמו באתרוג כל דהו כמו דאיתא בב"ק דף ע"ח פ"ב דמלי לפטור כפשי' בכבש לרבכן ובעוף לראב"י והח"ל והמל"מ כחלקו עליו דהתם אין מזיק לו כלום דהא המוכר עולתו ושלמיו לא עשה כלום מה שאין כן כאן דיכול למכרו ומעלתו כי' דהא דבריהם דכיון דאם ידעינן דאיכו מופר רק מהזיקו ללאת בו הוי כמו חלר דלא קייני לאגרא דאע"ג דגברא עביד למיגר אפ"ה פטור דהוי זה כהכה וזה לא חסר ומה שלריך ללאת בו ע"ז הביא מהך דב"ק דמלי פטר כפשי' בכל דהוא אלא תורף דברי מעלתו כי' ולפענ"ד כראה דלא דמי כלל להך דחלר דלא קיימא לאגרא דהתם ליכא למימר דאלו ידע בעל החלר שזה ידור בו הוי משכירו כי מה"ת לומר כן כיון דבלא"ה לא היה משכירו מה איכפת לי' שזה דר בו ואדרבא איכא למימר דניחא לי' אי משום ושאיי' יוכת שער אי משום דבית יתיבי מייתבי אבל כאן אם ידע שלא יברך על האתרוג הזר עפ"י מקרה שיהי' מוכרח ללאת מביתו מבלתי לקחת עמו וודאי היה מוכרו בתחלה וכיון שע"י הגזלן הזה לא יברך רק על אתרוג גרוע או יקנה לנפשו מובחר ממכו אם אפשר לו הרי אם ידע זה הי' מוכרו ואיכו דומה לעולה דבכל ענין א"א לו למכרו כן כראה בעיכי:

אבל מבלעדי זה הלא הביא המחבר בסי' שמ"ג דעת הסוברים דאם חסרו מעט מגלגלין עליו את הכל והמעין בב"י ירלה שהוא דעת גדולי הראשוכים וכאן הרי גזל ממכו האתרוג כולו ואע"ג דהרמא כתב שם דאם לא כהכה איכו משלם התם וודאי א"א לכן לחייבו רק במה שכהכה דאחרי שאין החלר עומד להשכיר וא"א לחייבו רק מפכי שכהכה אבל בגזל וגוכב שהוא חייב לשלם ואכי באתי לפטרו מפכי זה כהכה וזה לא חסר כשחסרו דבר מועט מגלגלין עליו את הכל והרי זה חסרו עכ"פ מה שוה אתרוג גרוע ומגלגלין עליו את הכל מה שוה אתרוג זה למכור ואיכו דלמה להך דב"ק דאיכו שוה כלום למכור וכמ"ש הח"ל והמל"מ וכ"כ השבות ,יעקב בח"ב סי' ק"ע הביאו הבאה"ט:

והמל"מ כתב שיש עוד לחלק ולא פירש ויתכן שהחילוק היא זה דהתם בב"ק הרי אם אמר הר"ז עולה וכגכב איכו משלם כלום ורק משום שאמר הרי עלי עולה דהוי קדשים שחייב באחריותן והרי זה לא אמר רק הרי עולה ולא פירש ויכול לפטור עלמו בכבש ובעוף כי אתרי' והוא ברלוכו אח"כ לא מחמת נדרו רק באות כפשו הפריש שור הרי הפרשה זו הוי כמו הרי זו עולה ואיכו מתחייב עליו וללאת ידי נדרו הרי כיתן לו דבר שילא ידו נדרו ולא מלי לומר דבעי מלוה מן המובחר שהרי לא קבל עליו רק שתם עולה ועל הפרשתו השור א"א לחייב והרי הך באומר הר"ז עולה וודאי יש מלוה מן המובחר יותר אם מקריב באמת והביא דורון מאשר אם גכב וכדאמרינן בערוכין אומדים כמה אדם רולה ליתן להקריב עולה שאיכו רשאי וזה לא שייך באתרוג כלל דהוא גזלן וחייב לשלם מה שוה אתרוג שכטל ממכו ובעולה כבר גילה זה שרלוכו לקיים מבחר כדריך כדאיתא ביומא בהפרשתו יודה ויברך כל החג על אתרוג גרוע לכך אין ללמוד משם לאתרוג כלל:

והנה רש"י פי' דלכך פטר כפשי' בכל דהוא משום דאתשלומין דבעלים מחייב דעל ההקדש איכו חייב כלום אבל הרא"ד כתב הביאו הרשבא בחידושיו דלהקדש וודאי משלם קרן חומש ואשם כפי שגכב יע"ש הביאו ג"כ המ"מ כראה דאזיל לשיטתו כמ"ש המ"מ בפ"ג מה' גכבה בשמו וכ"ה בפי' מעילה להרא"ד דאין לריך שיכוי לגכב וכל שגכב והוליאו מרשות הקדש חייב משום מעילה והרמב"ם בפ"ג מה גכבה שם איכו מחייבו אלא קרן כראה דג"כ הקרן משלם כפי מה שגכב ולא מבעי' לי' לרבא אלא על הכפל וכמ"ש הרא"ד דלכ"ע הקרן משלם כמה שהיזק להקדש והבעי' היא רק לר"ש דס"ל דקדשים שחייב באחריותן משלם כפל ומבעי' לי' אם סגי בכבש או בעוף לומר כי אתרי' וא"כ ל"ק מה שהקשה מעלתי כי' אמאי לא העתיק הרמב"ם דיכא דכיון דלא מבעיא ולא אמר רבא רק לר"ש אבל לרבכן דקי"ל כוותיה דדבר

הגורם לממון לאו כממון דמי ליכא למבעי' כלל כאמור :

ודיינו גמרא דהגאון בעל מ"ל דאדמבעי לי' לר"ש דלית הלכתא כוותי' לנקוט לי' בס"ת וכיוצא בזה אליבא דהלכתא ולא ידעתי מאי השיב מעכ"ת כי' ע"ז דרבא ומשמיענו דינו בפלוגתא דר"ש ורבנן במאי דאיירי בהו דהלא זה קושיא המ"ל אמאי נקט דינא בקדשים הלכתא למשיחא ולא נקט בס"ת וכיוצא דנ"מ לדידן דבין לרש"י ובין להראב"ד הדין רק אליבא דר"ש דלא קי"ל כוותי' :

והנה רבנן ור"א במנחות ב"פ בתרא לא פליגי רק מר כאתרי' ומר כאתרי' ופי' הרמב"ם דהיינו באתרא דר"א היו קורים שם עולה לעוף ובאתרא דרבנן שם עולה כבש ו"כ הכ"מ שם דרש"י פי' בע"א והיינו דרש"י פי' שם דבאתרא דר"א עוף גרוע ובאתר' דרבנן כבש גרוע ולהרשב"ם משמע דתלי רק במנהג המקום ובזה א"לו כדברי מעלתו כי' דאע"ג דעוף גרוע מכבש מ"מ כולי האי לא אמרי' דלפטור גנב כפשי' בעוף והיינו דנקט רבא לענין עולה וגם זה אינו קו' כ"כ על המ"ל גם בזה שהבי' המ"ל ומ"ש שדחה מעלתו כי' דס"ת כל שהוא מובחר יותר מתקיניו אין בו עילוי יותר לא היה למעכ"ת כי' לדחות דברי הגאון כי שבח ס"ת ויוקרו רק מפני הקלף והדיו וגודל האותות הלא נויין ויופין של אותיות הוא ג"כ שבחו והגוזל ס"ת שכתב לבלר אומן וסופר מהיר האם ישלם תחתיו דעי ספר שכתבו סופרים העשויין להתלמד באופן שאין בידו להכריע כנגד שלשת הרועים האלה ומ"מ בדין הזה אם באמת ולא גזל הי' אפשר לדון כן מפני שלא כיון להזיק ועשה ברשות :

ועו"ד שקרה אצל מנין אחד כי בשעת פתיחת אה"ק נפל ס"ת לארץ ביוה"כ הנה וודאי חרדה גדולה היא ר"ל אבל לא מצאתי מספר לתעניתים רק המ"א כ' בסי' מ"ד דבמשפטי שמואל כ' קצת סמך למה שנהגו העולם להתענות כשנפלו תפילין על הארץ וה"ה דס"ת ו"כ המג"א דס"ת אפילו בנרתקו וכ"כ בא"ח וראיתי בברכי יוסף ס"כ דהרואה שנפלו תפילין מיד אחר א"צ להתענות רק מי שנפלו לו מידו ובס"ת דחמיר מיני' לא כתב כלום אם הרואה צריך להתענות כי יש סברא לומר בזה דעל כולם היה מוטל להשגיח שיעמוד הס"ת באה"ק כתקנה שלא יפול ומכש"כ ביום הקדוש יוה"כ ואחרי כי לא מצאתי מבואר בפירוש מספר ימים אשר יצומו ורק מסברא זה יכול מעכת"ר לקבוע להם מסברתו ועכ"פ יקבלו עליהם לכבד התורה והוגי' ויתענו כפי אשר יוקבע עליהם ולא יאונה להם ולכל ישראל כל און דברי ידידו הכותב בחפזון דורש שלומו ושוחר טובתו. —

סימן ל

להרב הגאון הגדול מוה' **משה** אבדק"ק צהעלים ·

דבריך כן מר על שהשמיטו הטוש"ע בח"מ סי' רס"ב הך דאיזהו ת"ח כל שרואה טריפה לעצמו שפירשו התוספות והרא"ש דהיינו שמחזירין לו אבדה ויראה הדרתו לומר דדוקא לענין גט אשה כאשר כבר ראה לבבו כי לשון תוס' והרא"ש לפ"ז וגם המהרש"ל כותב שם דעיקר הסברא כיון דעל שלו אינו חומד כ"ש על אחרים ומבואר דלענין ממון כאמור ואולי יתכן לאמר כי צריך להבין בדברי ר"ח דהרי לכאורה ברור דלהעיד על חכם שראה טריפה לעצמו אפשר להעיד וכגון שהיה השאלה במסיבת חכמים והיו צדדים להיתר ולאיסור ואף כי היו צדדי ההיתר מוכרעין יותר חשש בעל הבהמה והטריפה לעצמו אבל איך אפשר להעיד הפכו כיון דאוכחתא דליבא תלי' מילתא ומעתה אם היו צדדי ההיתר והאיסור שקולים המתיר רשע וע"כ היא אומר שצדדי ההיתר אלו מכריעין וא"כ לא יצא כלל הגד ת"ח אם ליקי' כשמעתי' (והרי לדעת הר"ן אדרבה שבח הוא לת"ח ולא יהיה סברות הגאוני' הפוכות) אלא וודאי דבאמת זה א"א להעיד על ת"ח להוציאו ורק הרואה טריפה לעצמו הוא בודאי בגדר ת"ח ולפ"ז יקשה לדעת הגהות אשרי והב"י כתב דגם לשון הריב"ש מוכח כן דא"צ ראיה לת"ח על שלא שינה בהני תלתא ומבואר דלדעתו כל היושב ושונה אמרינן דאור התורה מעיבו וא"כ איך משכחת לה הא דר' חיסדא דאיזהו ת"ח שמחזירין לו אבידה כל שרואה טריפה לעצמו בשלמא התם משכחת לה אם יבואו עדים ששונה לבר מהני תלת לא יחזירו לו אבידה וכן לענין חלוק אבל המ"ל דהרי א"א שלא יבואו עדים שלא ראה טריפה לעצמו ועל עדים שראוי אין צריך לדעת הרמב"ם והרא"ש אשר ע"כ היה נראה לפע"ד לומר דשמעתא אהדדי איתמר דכלפי דאמרינן בשבת איזהו ת"ח שמדקדק בחלוקו להפכו דמשמע מזה שאם יבואו עדים שראו יוצא בחלוק הפוך פעם א' לא יחזירו לו אבידה בט"ע ואף שלא הוחזק בזה למשקר ולזה אין תקנה כשיבואו עדים א"כ שיצא בחלוקו כמספי' או שלא שקר דבכל אלה אין ראיה להשיבו לחזקתו הראשונה ובא ר"ח ואמר כי אם יבאו עדים שראה טריפה לעצמו הנהו בחזקת ת"ח כיון שלא הורע חזקתו רק מפני צאתו שלא כדרך ת"ח ישוב לאיתנו שראה טריפה לעצמו מה שא"כ אם יבואו עדים שהוא משקר לבר מהני תלת לא יועיל לו שהוציא טריפה לעצמו ולזה כיון שלא הביאו הך דאיזהו כו' בחלוקו לא הוצרכו להביא הך דר"ח ויתכן לומר עוד דהא דכתב הגהות אשרי דא"צ ראיה ליושב ושונה שהוא נוהג כמשפט ת"ח אע"ג דוודאי איכא מיעוט שאינו בגדר הלזה מ"מ כיון דרובא הכי איתנהו חייב להחזיר לו בטב"ע דאע"ג דאין הולכין בממון אחר הרוב באבידה הולכין כמו שכתבו התוס' ביומא וכתובות מיהו ה"ד לדידן דפסקינן כרשב"א דבכלי אכפוריא אין חייב להכריז ודווקא שבעתן עין מכריז וכיון שבעתי' עין וודאי יש לו בהן טב"ע ולכך חייב להכריז ולהחזיר אף שאינו ברור שהו נוהג כמשפט ת"ח אבל לרבנן דאף כלים של שבעתן עין חייב להכריז לדידהו כיון דוודאי לאשר לא שבעתן עין איכא מיעוט המצוי דאף לת"ח אין לו בהן טב"ע אלא דאפילו אית להו לרבנן דמכריז משום דס"ל דאף בכה"ג שייך טב"ע מ"מ ה"ד אם ידוע שהוא ת"ח אבל בסתם כיון דאיכא מיעוט שאינן ראוים להחזר להם אי מצרפינן לי' להדי הנך דאין להם באכפוריא טב"ע אין ראוי להחזיר ומעתה ר"ח דקאמר איזהו ת"ח שמחזירין לו אבידה כל שרואה טריפה לעצמו ואמרנו דמשמע דס"ל דצריך ראי' לת"ח שהוא נוהג במשפט ת"ח היינו משום דס"ל כרבנן אבל לדידן דפסקינן כרשב"א ודפרשי' אמוראי למילת' כוותי' הלא"מ אין נ"מ בדר"ח ולפי פשוטו נראה דר"ח לא קאמר איזהו ת"ח לומר דאין מחזירין לת"ח אבידה אלא א"כ רואה טריפה לעצמו דזה א"א שא"צ עדות לת"ח כדעת הגהות אשרי ורק איפכא קאמר דת"ח שמחזירין לו אבידה עליו לקדש עצמו ולאסור על נפשו כל שיש לד טריפות (ואף לדרכינו הראשונים צריך לומר דלכך הביאו הרו"ש בפסקיו) וכ"מ מדברי מהרש"ל ביש"ש פא"ע סימן מ' דאע"ג שהסכים לדעת התוס' והרא"ש בפירוש איזהו ת"ח מ"מ כ' בסיומים שם דין שת"ח מצוה עליו להטריף בבהמה שלו אם נולד לו ספק טריפות ולא יחוס על ממונו ולא כ' שאין מחזירין לו אבידה משמע כדרבנן דלא בא ר"ח רק להורות לת"ח איך יתנהג בשלו כנ"ל. כ"ד הק' מאיר א"ש

סימן לא

שלום וברכה לאהובי בני הרבני המופלג ירא ושלם מהו' **יהודה** נ"י ·

זה יומים הגיעני מכתב מר' מרדכי בר"י והנה הוא בא להשיב על מה שכתבתי לך תחלת החורף ליישב זה שהוצרך הרמב"ם לכתוב שני טעמים בלאו דלא תגזול שהוא ניתק לעשה ושהוא ניתן לתשלומין וכתבתי לך שם והנה הוא משיב שהרי בה' גניבה כ' הרמב"ם רק דניתן לתשלומין בלבד ולדברי כאשר תהיה הגניבה בעין ילקה אחרי דאין בזה משום אינו לוקה ומשלם וניתק לעשה אין כאן בגניבה הן אמת אז כשלמדתי הסוגיא היו פשוט בעיני דלהרמב"ם גם גניבה הוי ניתק לעשה דבכלל והשיב את הגזילה הוא אע"ג דאיכא למפרך הוי כענין גילוי מלתא בעלמא וכן מוכח סוף חולין ב"ד ק"מ סוף ע"א וריש ע"ב דקתני בברייתא

הגנב והגזלן ובין לפי מאי דס"ד ובין לפי המסקנא ומשמע דגם גנב הוי ניתק לעשה עיי"ש ברש"י ובפרט לדעת התוס' במכות ד' ט"ו דלא ס"ל הא ד"כ הרמב"ס דסייך בזה אין לוקה ומשלם וודאי צ"ל הא דקתני גנב וגזלן שוין בחולין היינו מטעם לאו הניתק לעשה והרמב"ס בה' גנבה חדא נקיט וסמך על מ"ש בה' גזילה כן הוא האמת לפענ"ד וקצת הי' נראה לומר בדעת הרמב"ס שלא כ' רק ניתן לתשלומין בלבד עפי' מה שהקשו התוס' בב"ק ד' ק"ה ע"ב ד"ה מאי לאו תיובתא בממון מאי שייך אא"כ הזהיר דבשלמא בקרבן שייך אבל בממון מאי צריך אזהרה יע"ש ונמצא בש"מ תירץ על קושית' וכן ברשב"א ואולם בת"כ הביאו המזרחי ב"פ קדושים על דברי רשי בפסוקו לא תכחשו הביא שם לשון הת"כ ולא תגנובו מה ת"ל לפי שנאמר הגנבה שנים ישלם עונש שמענו אזהרה מנין ת"ל לא תגנובו (והמזרחי תמה למה לא העתיק רש"י זו הדרשה ולכאורה היא דלא כתלמודן דדריש לה לאזהרה לגונב ע"מ למיקט) והנה על דרשה זו קשה הרי ממון א"צ אזהרה וכמו שעמד בזה המזרחי שם ולפענ"ד לפמ"ש הרשב"א בריש ב"ק דהא דקתני (הביאו התוס' ריש ב"ק ד"ה לא זה וזה) אם על הפתיחה חייב על הפרי' לא כ"ש למה נאמר לפי שאין עונשין מן הדין והתוס'· נראה מדבריהם שם דלפי המכילתא שום ממון אין עונשין מן הדין אבל הרשב"א שם כ' דדוקא בבור אין עונשין מה"ד לפי שהוא חידוש שאין דרכו לילך ולהזיק ואינו שלו ועשאו הכתוב כאלו הוא שלו ולכך אין עונשין מן הדין וגם בטביחה ומכירה שנו במכילתא אם על הטביחה חייב על המכירה לכ"ש אלא שאין עונשין מי"הד ג"כ המפרש שבות יהודא דהתם נמי משום דקנסא היא אין עונשין מן הדין הרי ראינו דבשתנה דין קנס מממון לענין זה דאין עונשין מן הדין א"כ אין לתמוה על התוס' בהך דלא תגנובו דאמר דאיצטרך לא תגנובו לאזהרת כפל דקנס ,היכא למימר דצריך אזהרה ויש בזה אריכות בסוגיא דלוקה ומשלם ובמה שפירשו התוס' שם במכות בהא דאמר ר"מ שלא השם המביאו לידי מכות מביאו לידי תשלומין ואין הפנאי עתה להאריך בזה בפרט שהעיקר כי הוא לאו הניתק לעשה לפום תלמודן כדמוכח סוגיא דחולין דלעיל אם תזדמן אם מהר"מ הנ"ל תוכל להגיד לו כדברים האלה :

סימן לב

בעזה"י עש"ק ה' מרחשון תר"ח לפ"ק

ישאו הרים שלום חיים וברכה עד עולם לאהובי בני הרב מוה' מנחם נ"י ·

מכתבך הגיעני ושמחתי בשלומכם גם אותנו הגדיל ה' חסדו וכן יוסף עוד אבינו שבשמים לסוככנו באברתו ולחזקינו ולאמצינו לתורתו ולעבדתו את אשר כתבת לתמוה על דברי פי' המשניות להרמב"ס דיליף מן ואשמה הנפש ההוא לחייב את המשלח במעילה. והנה לא נכתב בתוה"ק פסוק זה במעילה כי אם בגזל הגר באמת הוא תמוה וחידוש הוא שלא העיר התוי"ט המביאו במעילה והוא ז"ל דרכו להעיר על כיוצא בזה וא"ל ולתרץ דהרמב"ס ז"ל (מסתמא מצא דרשה זו בשום מקום ולא ענה מלבו) ס"ל דילפינן מעילה בג"ש מפיקדון וכמ"ש התוס' בשבועות דף ל"ד ע"ב בד"ה הנך כפישין בסופו לרבא בר איתא אליבא דר"ש והרמב"ס ס"ל דגם אליבא דרבנן הוי גז"ש ללמוד דמשלח חייב ועיקר קרא לגזל הגר לא צריך דס"ל דלא שייך שם שליחות כלל כיון דאינו רק על שבועה ופשיטא דהנשבע חייב ולא אצטרך קרא אלא ללמוד מעילה מני' אלא דצריך ליישב לפי"ז עוד אמאי לא ילפינן פקדון ממעילה לחייב רק בשוגג כיון דהוי גז"ש והנך כפישין ואולי ס"ל כמ"ש המוב"י וכן צדד בהפלאה וכן בתשובת שבות יעקב קדם אותם לומר דבמעילה אם נהנה השליח ג"כ חייב המשלח אע"ע שלא נהנה א"כ נסתר אחת דהיינו נהנה ולא הוי הנך כפישין ועדיין צריך עיון יאיר ה' עינינו בתורתו ויראינו מהרה בישועתו . כה דברי אביך המעתיר בעדכם.

הק' מאיר א"ש

סימן לג

בעזה"י שלשי תשרי תר"ט לפ"ק פה מאדע יע"א.

העתק השאלה מאשרי הגאון מהו' נתן פייטל זצ"ל אב"דק מאדע יע"א :

שלום לאהו' אדוני הרב הגאון האמיתי רשכבה"ה נזר הרבנים פאר הדור והדרו כקש"ת מוה' **מאיר א"ש** נ"י אב"ד ור"מ בק"ק אונגוואר והגליל :

אציע לפני אדוני מכ"ת הגאון אשר כשאלי שבוע זו. אשה אחת היתה פה קהילתנו אשר היה לה שש בנות. אבל בן אין לה וכולן השיאן אחר מות בעלה אביהן ולא נתנה לאחת מהנה שח"ז כ"א לצעירה בת זקנתה אהובתה ומהן אומרת שנעשה ע"ד פשר שהיה מריבה ביניהם אודות סילוק הנדן להחתן והשח"ז כתוב על סך ידוע בנוסח שכתוב בש' נחלת שבעה ולא נכתב בה חוץ מספרים וקרקעות ג"כ עפ"י ספר הזה שכתב דגבי אשה א"צ דלא שייך בה עגונת נפש משו' תקוב נחלה. ובעת שהשיאה בת זקנתה היתה זקנה גדולה יותר על ס"ח שנים אשר כבר מאז חדל להיות אורח כנשים. ועתה שבקת חיים לאמ"ו ולרבנן ולכ"י והניחה אחריה בעזבונה לערך ט' מאות זהובים והצעירה בעלת השח"ז מוחזקת בכל עזבונה שאמן דרתה אצלה ותובעת סך הנ"ל יתר על אחיותיה. ואחיותיה טוענת שאחר שאין כאן ב"ז ובשעת נתינת השטר כבר לא היתה אמן ראויה בוא להוליד מפני זקנתה ע"כ אין ממש בשח"ז הזה :

וענותינותו דמר ירשני לרשום פה ספקותי ונבוכותי. ואומר הן אמת שמרים ה"א שהדין עמהן שאין שום ממש בשח"ז וכדון היא הדין שמביא הב"ש אה"ע סי' צ' ס"ק ה':

אמנם אחר העיון קצ"ת לפענ"ד הדין עם בעלת השטר עכ"פ שתטול סך הנ"ל לחלק ירושתה. מחמת כמה טעמים. חדא כיון שבעל עה"ג חולק והדג"מ מצי' אותו בש"ע א"כ כיון שהיא מוחזקת. אפשר שתוכל לומר קים לי כעה"ג. — ועוד דבנדון אפשר לומר שהנ"ל נמי מודה לו דהנה עיקר היסוד אשר בנה עליו הנ"ל היא שאומדין דעת האב לומר פכל כוונתו לא הי' כ"א אם יהי' לו בן זכר שלא תדחה הבת לגמרי משא"כ כשלא יהי' לו ב"ז ואזי היא יורש דאורייתא ותטול כזכר שלם לא הי' דעתו על החוב. הנה הא תינח גבי אב י"ל אעפ"י שאין לו בניו ב"ז אפשר שיולד לו עוד וכן באשה אם אפשר לה שתוליד עוד משא"כ בנדון שידעה ע"ד המומחה שלא יהי' לה עוד ב"ז י"ל דכ"ע מודי' שהחוב שנכתוב בשטר בכל תוקף ועוז ויפוי כח בתקפו היא תנאי הפלגה הלזה לא מבטל מעשה החיוב וההודאה וגדולה מזו קיי"ל באה"ע סי' נח. — כ"ש בשח"ז שהתנאי א"כ לא יבטל המעשה אם היא בהפלגה שא"א כמו בנדון :

ואפשר יש לפרש ולדרוש דכוונתה היתה פן לא תעלה כל עזבונה יותר מסך הכתוב בשטר וא"כ תטלה הכל וכל אחיותיה תהי' נדחות לגמרי וזה לא רצתה אשר על כן היתה דעתה שכמו אם יהי כאן ב"ז אחד היא היתה נוטלת שלם עכשיו נמי לא תטול הכל כ"א השלים שכיון דכתוב בשח"ז דלא כאסמכתא וכי' כבר קיי"ל בח"מ סימן מ"ב דאמרינן בכה"ג בכל לשון מסופק יד בעל השטר על העליונה ומה גם שכתוב מפורש בשטר שידיה כדרוש וכדון לטובת הבת. — עוד אפשר לומר כיון שהיתה רצונה שתטול בת זקנתה זו יתר על שאר בנותיה והכותבים לא ידעו ולא יבינו אופן המועיל בנוסחא אחרת ע"כ כתבו כל הנוסח שכתוב בשח"ז בכ"ש. יהי' איך שיהיה עכ"פ ע"כ היה כוונתה שתטול בתה הצעירה הלזו יותר משארי אחיותיה :

הן אמת כפי מה שכתב הנ"ל פעם אחת באותה תשו' וז"ל בד"ה ואי תימא הא קא חזינן דכוונתו היה ליתן לבתו זאת יותר ומאיך שהרי לבתו זאת כתב שטר ח"ז ולאידך לא כתב

הא לאו מלתא היא דאפשר דאיכך בנות שראו שאין לאביהם בנים זכרים לא בקשו שטר כזה וגם האב עצמו כיון שראה שאין לו בנים זכרים לא דקדק לעשות להן שח"ז כיון דאין נפקותא בי' ואע"ג דידע שנתן לזו שח"ז לא קפיד דהיא כמי ידע דאין נפקותא בשח"ז כשאין לו בנים לכך נראה דאין לבת זו כלום בשטר ח"ז זה דאמרינן עיקר מנהג הגדולים שקבעו בשח"ז איכי אלא אדעתא אם יהי' לו בנים זכרים אבל לא אדעתא אם לא יהי' לו בנים זכרים. עכ"ל ולפי"ז גם בנידון לא היה מועיל השח"ז. אמנם באמת לא זכיתי להבין דבריו הקדושים בזה וכי אמרינן בשטר בעדים משטה. ומה אכפת לן בתקנות האחרונים אטו אינם דעלמא לא יכול להתחייב א"ע בדבר שאינו מחויב כדקיי"ל ח"מ סימן מ'. — ומהיכא תיתא כיונא שארית ישראל יעשו דבר שקר וכזב אמנם י"ל דהל"ל לא כתב דבריו אלו אלא גבי אב דסבר אולי בן יותן לו עוד משא"כ בנדון שהיתה יודעת בבירור שלא תלד עוד בן ודאי מודה הל"ל שא"א לומר שקר וכזב נעשה כיון דלא שייך משטה היתי בך :

ואפשר עוד דזה דומה למה שכתב התוי"ט בקילור תקפו כהן גבי כדוכיא דהוה ס"ס אולי הדין עם רש"י דבנשואין לא משגיחין כלל באמדנא וזכה בהן הבעל ואת"ל כר"ת אולי לא היה דעת האב לכך וא"כ דהוי ס"ס לכ"ע אין מוציאין מיד המוחזק. וה"ה כאן י"ל דלמא כסברת עה"ג דלא אזלינן כאן בתר אומדנא. ואת"ל כל"ל דלמא לא הוה דעת האם דוקא על בנים זכרים : —

הנני כותב בחפזי מאוד ואנוכי עומד ומצפה לשמוע דבר ה' זו הלכה מפה קדשו דברי ידידו המעתיר באמת בעד אריכות ימיו ושנותיו יתחדש כנשר נעוריו ועיני קדשו ועינינו תחזנה בביאת גואל צדקינו בב"א. עבדו ועבד לעבדי ה'. הק' נתן פייטל במ"א זלל"ה החונה פה ק"ק מאדע וגליל סערעכעש יע"א :

סימן לד

בעזה"י יום ג' י"א מרחשון **באברתו** יסך לך לפ"ק אוכגוואר יע"א:

העתק התשובה.

שלום וכ"ט לכבוד ידיד עליון הרב הגאון הצדיק כקש"ת מוה **נתן פייטל** נ"י האבד"ק מאדע והגלי"ל.

בשבוע העברה קבלת מכתבו על דבר המשפט אשר כתב מעכת"ה כי' ידידי הנה אין לבי עמי מכמה פנים ה' בחסדו על מי מנוחות ינהלני ואולם לפי עיון הנגש נראין דברי מעכ"ת כי' ברורים ופשוטים כי אחרי כי האשה היתה אלמנה וזקנה אין לומר כלל שהיה בדעתה על בנים זכרים בלבד אשר יהיו לה אם תנשא ותמות לאחרי מות בעלה אשר תנשא לו [כי אם לא יהי כן הרי בעלה יורשה] וכל שבאים לבטל השטר לא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה וכ"ש בנדון שבעלת השטר מוחזקת לא אוכל להאריך כעת לפי כבודו הרמה ומכ"ת הגאון כי' ישלח לי ה' בחסדו יחזקנו ויאמצנו לתורתו ועבודתו דברי ידידו ואוהב נפשו הכותב בחפזי מאד.

הק' **מאיר** ה"ש :

סימן לה

שאלה להגאון חת"ס זצ"ל.

(ויעויין חת"ס אה"ע ח"א סימן קמ"ד)

ילמדינו רבינו אורחות משפט. זה כמה שנים אשר הלך יעקב לעולמו ושבק חיים לרבינו ולכל ישראל והניח אחריו בכור ופשוטים ואשתו מעוברת ילדה אח"כ בת ולאשר הוכרחו הב"ד לחלוק ביניהם בקטנם כי לא הי' הבנים מאשה זו שהניח כולם. הנה כאשר ישבו ב"ד לחלוק ראו כי עזבון המניח מקלתו בעין. בית ומטלטלין ומעות וחלק רב ממנו בהלואה ביד אחרים ואמדו דעת הב"ד לתת להבת שבע מאות זהובים וחמשים זהובים שיין לצורך מזונותיה ופרנסת נישואי' ונלקח הסך הלזה בסתם מן העזבון אחר שכבר נגבה הראוי בשעת מותה והשאר חלקו בין הבכור והפשוטים כמשפט לתת להבכור פי שנים מן המוחזק ולא מן הראוי והילדה חלתה והוצרכה לרפוא' ולמזונו' יתרים ונלקח בסתם מן חלקה ועתה גם הילדה מתה והוצרך לחלק מה שנשאר ממנה בין האחים ולכאורה היה פשוט שאין להבכור שום יתרון בירושת אחותם. ואולם ראית להרב בעל שבות יעקב ב"ח א' סס"י ק"י לענין שטר ח"ז דאף אם אין כתוב בו שיגבה מן הראוי מ"מ יש ליטול בכה"ג דאין להבת כיון שמתה שום זכיה בפרנסת נישואין אף אם נאמר שזכתה משעת מיתת אביה בעיש"ר נכסים מ"מ אם מתה אגלי למפרע שאין לה דבר וא"כ ה"ה לענין בכור שיש לו פ"ש בחלק ירושתה ואולם נסתפקתי לאשר הוצרכה הבת יותר משני מאות זהובים למזונות ורפואה אם נאמר שיגבו' הוצאות אלו גם מן הראוי לפי הערך או מן המוחזק לבד והנה משנה שלמה דבכור וכתובה ומזונות הבנות איכי גובה מן הראוי ומפרש טעמא שם בבכורו' תנאי כתובה ככתובה ובכתובה הקילו ודין מלוה לגבי בכור הוא ראוי ולכתובה חשיב מוחזק והייכו מטעם שיעבודא דר"נ כמ"ש התוס' והרא"ש בב"ב פ"ב ולא מטעם תקנת הגאונים דמטלטלי משעבדי לב"ח וה"ה לראוי דהרי הרב"י פסק דמשאר ראוי אין כתובה נגבית וכן אם ירש הבעל מלוה ממורישיו ומת אין כתובה נגבית מן המלוה ההוא ודווקא מה שהלוה הבעל ונכסי שהמעות לפני ההלואה היו משועבדין אליה בעודן תחת ידו ומעתה יש להסתפק למזון האשה והבנות מעת הנישואין ורק זמן הפירעון מתחיל לאחר מותו ואזי אף במזונות שייך שיעבודא דר"נ ואין המלוה ראוי כמו בכתובה או אין החוב מתחיל רק משעת מותו ואילך וא"כ אין לה לגבות ממלוה והנה מדברי רש"י בגיטין דף כ"ב ע"ב ד"ה מעיקרא הכי התקין ונכתב דא"כ אין אדם לוקח מחבירו שדה אם מזון אשתו ובנותיו חוזר עליו לעולם ומפשטות דבריו נראה דדוקא מלקוחות אינו גובה מזה הטעם אבל השיעבוד חל מנשואין וכדאמרינן כתובים הן אבל בע"ח ואין כתובים כו' משמע מיהא דלב"ח כתובינהו והלין מאז כתורת מלוה ע"פ אבל לדעת רב האי גאון וסייעתו דמלוה ע"פ מוקדמת קודם למלוה בשטר מאוחר וכוותיה סתם המחבר בח"מ סימן ק"ד וכתב הר"ן בכתובות ר"פ מי שהיה נשוי דהקשי עליו ממאי דאר"י ר"פ א"כ מוכרת וכותבת סתם וכן כתב יפה ומפרש בירושלמי בא מלוה בשטר אמרת לכתובה ומכרתי משמע דלמזונות לא היתה קודמת אע"ג דקדמה וכן ממאי דאבעיא לן מוכרת למזונות אם חוזרת ומורפות לכתובה וכתב הר"ן דהרשב"א דוחה שאני מזונות דהקילו לחשוב כל יום ויום חיוב בפני עצמו ולא חשיב מוקדמת. הנה נראה דהגדולים מציאי ראיות הללו דעתם דחיוב מזונות חל משעת נשואין וע"ז קושב קושית' על רה"ג וסיעתו ורה"ג והרשב"א סבירא לה' דאין חל החיוב רק דבר יום ביומו וכוותיה סתם המחבר בחושן משפט :

אבל יש לעיין לדעת הרשב"א וסיעתו מהא דאיתא בב"ב דף קל"ג סבר ר' אדא למימר אם ראוי ליורשו אשתו ניזונת מנכסיו ופריך רבא מגרע גרע השתא ירושה דאורייתא אלמנה נזונת מתנת שכ"מ דרבנן מבעיא זהו גירסת הגאונים ולזו הסכים הרשב"א בתשובה שהביא הב"י בח"מ סימן רכ"ב ופירש הריף הטעם דכיון דאין מתנת שכ"מ חל עד לאחר מיתה אז חל ג"כ חיוב מזונות ולהרשב"א הרי קדם מתנת שכ"מ לחיוב המזונות שאינם רק חוב דבר יום ביומו וכבר קדמה המתנה ואמאי תיזון ממנה דוודאי שאר מתנה אף אם אינה רק מדרבנן לא תגבה החוב שאחר המתנה ממנה והיינו דאצריך הרי"ף וכן הרא"ש שם לומר דבהדדי אתיין וצריך לומר דלרשב"א אליבא דרב האי כיון דמתנת שכ"מ מדרבנן ולא חיילא אלא לאחר מיתה כירושה שויא רבנן ואע"ג דקדמה ירושתו לחיוב מזונות החל דבר יום ביומו לבד

ה"ה למסכת שכ"מ אבל מדברי הרי"ף והרמב"ם פ' ח' מ"ה זכי' בהך דינא וכן הרא"ש והטו"ר בח"מ סימן רכ"ב מבואר להדיא דחיוב מזונות האשה והבנות אינם חלין רק בשעת מיתה ואז חל החיוב שלהן ולפ"ז נסתרו ממילא הקושית שהקשו על רב האי גאון מהך דר"י בכותבת וכן כתה יפה. וכן מה שהקשו אם מוכרח למזונות חוזרת ועורפת לכתובה דחיוב הכתובה וודאי חל מחיים משעת נשואין דהרי טורפות מן הלקוחות שקנו מן סבעל וחיוב מזונות לא חייל עד שעת מיתה וחידוש הוא שהרי הר"ן בפרק מי שהיה נשוי לא תירץ קושיתם דחל מחיים מעתה לכאורה שלא מחלוקת בדבר דלהגדולים שהקשו על רב האי גאון משמע דסבירא להו דחיוב מזונות דאשה על כל פנים חל משעת נשואין וכ"מ לשון רש"י בגיטין כמו שכתבתי לעיל ולדעת הרי"ף ושאר פוסקים משמע דאינו החיוב מתחיל רק משעת מיתה ולהרשב"א אליבא דר"ה אינו חל החיוב רק דבר יום ביומו:

ובפח"י מה' אישות כתב הרמב"ם דאם יש לו נשים רבות אין דין קדימה לאחת על חברתה והי' להראב"ד הגירסא ברמב"ם במטלטלין דווקא והשיג ע"ז דאף במקרקעי אין קדימה שאין החיוב חל אלא בשעת מותו וכבר חלו שיעבוד כולן בב"א מבואר מדבריהם להדיא דאין חיוב משעת נשואין. ואולם הה"מ כתב שם דאין טעם הראב"ד נכון דא"כ אף בכתובה נימא הכי וכתב הוא הטעם משום דכיון דיכול הוא למכור את הנכסים ולהפקיע שיעבודן ממילא אין כאן קדימה והנה בהך דב"ב מבואר דגם דעת הרי"ף והרא"ש נוטה לדעת הראב"ד וכן מתבאר מדברי הרמב"ם ב"ה זכי' פ"ח (והראו לי שגם אבני המלואים כן כתב על המגיד ואולם מה שהקשו מלמ"ד ישבון תכן לא ידעתי מה קשיא ליה דאת"ל ישבון תכן ומרשין הם את כתובות אמן וכל כח שהיה לאם יש להם וטורפים ממשעבדי כמו שהיא אימם טורפת) והנה להה"מ קשה דא"כ מלוה פה מוקדמת לא תקדם אפי' למלוה ע"פ מאוחרת והוא כתב דלהרמב"ם בפ"ב מה' מלוה אפילו מלוה ע"פ מוקדמת ומלוה בשטר מאוחרת אפ"ה מלוה ע"פ קודמת.

וראיתי במשנה למלך בפ"ב שהרגיש בזה בשם גדול אחד ודחה דבריו דהרה"מ לא כ"כ רק במזונות ולא בשאר הלואה ולוה שם לעיין בבעה"ת בתשובות הרי"ף והנה לא ידעתי אחרי שהרב המגיד כ' הטעם מפני שיכול להפקיע ולמכור הנכסים ולולא כן היה דין המזונות כדין הכתובה א"כ מאי ענין הרי"ף בתשובה לכאן ואם מפני שהוא דרבנן דהרי גם מזונות שתיהן אינו רק מדרבנן:

ולפע"ד ראוי לומר כך הנה כל נושא אשה מתחייב מתנאי כתובה את תהא יתבא בבית וכן בנן נקבין דיהו, ליכי מנאי והיה ראוי שיתחייב ויתחיל החיוב מיד אלא שאין כאן על מי תחול מעתה שיעבוד הגוף אין כאן שהרי כל ימיו אינו חייב בו ושיעביד הנכסים אין כאן שהרי יכול להפקיע ולמוכרם ולכך א"א שהחיוב חל רק משעת מיתה או דבר יום ביומו. וכדברי הראב"ד והרה"מ יחד ובזה אפשר לומר שגם הגדולים שהקשו לדעת רב האי גאון קושייתם ס"ל לדינא כדעת הפוסקים דחיוב מזונות אינו רק משעת מיתה ועיקר קושיות' על רב האי דס"ל מלוה ע"פ מוקדמת קודמת למלוה בשטר דא"כ מזונות נמי יוקדמו דהרי כתב לה את תהא יושבת בבית ואמאי לא וקדם למלוה בשטר שאחריה מאי אמרת מפני שאין כאן שיעבוד שהרי יכול להפקיע ולמכור הנכסים א"כ אף מלוה ע"פ מוקדמת איך תקדי' למלוה בשטר הרי אין לה שיעבוד מטעם זה עצמו באופן שלדינא אף הם מודים שאין חיוב חל רק משעת מיתה:

עוד יש לעיין בזו שלא נולדה אלא לאחר מותו אולי לכ"ע לא מתחיל החיוב כ"א מעת דנפקא לאויר העולם כדאיתא ביבמות דף ס"ז עמוד ב' ואי בת היא אמאי אכלה בתקנתא דרבנן כמה דלא נפיק לאויר העולם לא תקינו לה רבנן אלא לפי זה קשי' לי סוגיא דב"ב קכ"ד פ"א דעכ"פ איכא כ"מ אי כוטל משום ירושה כיזונות מנכסי' מה שאין כן משום מתנה קדמה לי מתכתו לחיוב בת שנלדה אחר מיתת האב וכ"ל דסוגיא בב"ב פליגי אדאביי פרק אלמנה הנ"ל:

(ויעויין בחת"ם סי' הנ"ל).



השמטה מחלק אבן העזר.

החיים והשלום וכל טוב לכבוד ידיד ה' וידיד נפשי הרב המאה"ג הגאון המופלג החרוץ ושנון. גזע תרשישים בנן של קדושים· כקש"ת מוה' **יקותיאל יהודה** נ"י אבדק"ק גארליץ יע"א:

ישלח לא הדר"ג כי' על כי אחרתי עד כה להשיב מפני כבודו הרמה וכבוד מח"ו י"כ הגאון מוהר"ח מנאכז כי' ה' יודע כי רבו הטרדות עלי יתר מכחי נוסף לזה תלאות שוכות אשר מקלתם בחסד ה' שקטו לע"ע יוסיף הסי"ת להגדיל חסדו לבל ישמעו עוד. ועוד ענייכים אחרים אשר א"א לפורטם ואולם עתה אמרתי יהיה מה אף בדברים מעטים ארולה אליו מחמד לבי לבל אוסיף עוד להראות כמזלזל בכבודו ח"ו. הנה הרב הגאון מנאכז כי' פתח שני שערים לפתוח כבלי העיגון מן האיש אשר הלכה אשתו ממנו ומפני זלעפות רעב האחד שיקדש אשה אחרת על תנאי אם אין אשתו קיימת ואם קיימת לא יהיו קדושין ואין לחוש דאולי אשתו קיימת וכמלאו בעילותיו בעילת זנות כמ"ש גדולים בקידושין ע"ת אם יש לו אח שאינו בר חלילה דכל כה"ג לא הוה בעילת איסור כלל. והדר"ג כי' כתב דאינו דומה לתנאי דאם יומות בלי ז"ק דהתם יש לסמוך על רוב נשים מתעברות ויולדות ועוד לדדים אחרים דלא יבוא לכלל בעילת זנות ועוד דהתם הוא מקוה כל ימיו בכל בעילותיו שתהייכה לשם אישות ומש"כ הכי שהוא בא עליה על הספק אולי אשתו חיה א"ד. ובאמנת שדבריו דברי טעם לחלק בין האי דתנאי שלא תהיה זקוקה ליבם לתנאי זה ומרהיטת דברי תשובת מעיל לדקה דף ד' ע"ג

וע"ד (דפוס פראג) משמע כן. ואולם ממה שכ' אח"כ ראי' דלא הוה בעילת זנות מדתקנו נשואין לקטנה ולא חששו שמא תמאן משמע דאין חילוק דלעולם כל שהוא חושב להיות דרך נשואין שוב אין איסור. והיה נלפע"ד דתליא במחלוקת הרמב"ם והתוספת והרא"ש שהביא בב"י בסימן א' דלהרמב"ם בקטן כיון שלא תקנו לו נשואין א"כ אסור להשיאו אשה ולהתוספות והרא"ש מותר אע"ג דלא תקנו נשואין מ"מ אין בו משום בע"ז להתוספות והרא"ש א"כ כאן אע"ג דאיכא למיחש שמא יתבטלו הקדושין מ"מ אין לאסור אבל להרמב"ם יש לחוש כיון דעל קטן דלא תקנו נשואין יש איסור בדבר אין לנו להתיר רק מה שמצינו שהתירו רבותינו ז"ל כבר כמו בתנאי דיבום לא בענין אחר ומטעמו של מעכ"ת כי:

והנה הטור פסק בזה כהרמב"ם דאסור להשיא לקטן קודם שתקנו לו נשואין ותמה הב"ש שם היאך פסק הטור היפוך דעת אביו הרא"ש ואכי תמה דדברי הטור והש"ע לכאורה סתרי אהדדי דבסי' א' כתם המחבר כדעת הרמב"ם דלא ישא קודם זמן י"ג שלא תהיה כזנות. ובסימן ל"ז סעיף י"ד כתבו הטור ובש"ע קטנה שהלך אבי' למדה"י דלדיעה הראשונה צריכה מיאון. ולדעה ה"ב שהיא דעת התוס, והרא"ש שם אינה צריכה מיאון. וסיים הטוש"ע ומ"מ אין לאסרה עליו משום דתחשב אצלו כזנות כיון דדרך נשואין וקדושין היא אצלו. יעיי"ש סתם וכתב דלכ"ע אין איסור. ואין טעם נכון לחלק בין קטנה אם לא תקנו נשואין ובין קטן והרי הרא"ש ב"פ הא"מ שם ילוף הא דאין לאסור

השמטה מחלק אבן העזר

משום זנות בקטנה ומהך דס"ל להרא"ש בפשיטות דמותר להשיא לקטן וה"ה לקטנה והטוש"ע אוסרים בקטן ומתירים בקטנה וצ"ע לחלק. ואין הזמן מספיק לעיין אם עמדו האחרונים בזה [א"ה עיין בב"ש סימן ל"ד ס"ק ל' ובט"ז שם סק י"א שהעירו בזה ותי' דבקטנה תקנו לה נשואין שלא יתנהגו בה מנהג הפקר עיי"ש] ואולי יתכן לומר לפימ"ש הב"ש סימן ק"ו סק"ב דלדעת הרא"ש והטור אין איסור בפלגש א"כ לכך התירו לו ליחד קטנה אם אין אביה כאן ולא מיחשב ב"ז משא"כ בקטן ל"ש זה וכפי הנראה סיגי' דעלמא בפרט במדינת פולין כדברי התוס' והרא"ש הן לענין קטן הן לענין קטנה. ויש לעיין עוד אם יש לחלק בין קטן דא"א לו לישא ובין קטנה ואכ"מ להאריך עוד בזה ויעויין בב"ש סימן ל"ז ס"ק כ"ג בסופו :

ולבי מהסס עוד מטעם אחר לבלתי התר ע"י תנאי בקדושין כי ראיתי שני טעמים חלוקים על תקנת רגמ"ה שלא לישא שתי נשים הר"ן בתשובה סימן מ"ח כתב הטעם מפני קטטה שלא יכניס אדם מריבה בתוך ביתו. ולזה פלפל הר"ן שם אם הרשתו אשתו לקחת לו עלי' אשה אם רשאי ומהר"ם פדווא בסימן י"ד כתב הטעם כי שקדו על תקנת בנות ישראל בהיותינו בגולה אשר ירבה לו נשים ויולד בנים הרבה לא יוכל להספיקן ולפני הטעמים אף פלגש אסורה לו ליקח על אשתו לכאורה. וראיתי בכנה"ג שכתב בפשיטות בסימן א' אות כ"ד בפלגש לא גזר רגמ"ה שלא גזר רק על הנושא אשה על אשתו ואין פלגש נקראת אשתו ואם רגמ"ה סובר דפלגש אסורה מן התורה אין ראי' מלשון אשה על אשתו דלא גזר בפלגש כיון דבלא"ה אסורה מן התורה אבל מ"מ המתירין פלגש לא יתירו לקחת פלגש על אשתו אחרי גזירות הגאון כיון שהיא בכלל הגזירה לפי הטעמים. ואולי סובר הכנה"ג דכיון דאין שם קידושין לא הוצרך לגזור בזה הן לטעם הר"ן מפני קטטה או לטעם מהרמ"פ מפני חסרון מזונות כיון שהוא בלא כתובה וקידושין ויוכלו להפרד זה מעל זה כל עת שתהיה מריבה ביניהם וכן בטעם דחסרון מזונות כי יראה כי אזלת יד יתפרדו. לכך אין הפלגש בכלל הגזירה ועכ"פ בקידושין ע"ת כיון שאינם יכולים להפרד מבלי גט הרי הוא בכלל הגזירה. ולכאורה היה אפשר דכונה דאין בו משום בעילת זנות מפני התנאי והוא בועל לשם אישות ולומר שאינה בכלל הגזירה מפני שאינה נקראת אשתו לכאורה הוי תרתי דסתרי אהדדי רק די"ל אדרבה דלפני הטעמים אף את"ל דפלגש גם היא בכלל גזירת רגמ"ה וכדאמרן מ"מ בתנאי כזה מותר דהא אין לו שתי נשים דאם תבוא הראשונה השני' אינה אשתו ולעולם אין לו רק אשה אחת ולא תהי' קטטה בביתו וגם לא ירבה בנים רק מאשה אחת. —

אבל ממה שכתבו באשה שנטרפה דעתה ר"ל להצריכה היתר מ"ק רבנים מג' מדינות ולהשליש גט וכתובה ולא נמצא להתיר לו שישא אשה על אשתו על תנאי שאם תשוב לדעתה יהיו קידושי שני' בטלין מכלל דלא ס"ל דצריך למיעבד הכי אם משום דכיון דעכ"פ השניה אגידה בו כל עוד שהראשונה הי' מקרי נושא על אשתו ולא פליג ר"ג בגזירתו או מטעם אחר דאם תשוב לדעתה וה"ה בנידון זה אם תשוב לביתה הראשונה אבל בעלה תצא השניה בלא גט תמהו בה אינשי ויאמרו א"א יוצאת בלא גט וזה אחד מן הטעמים שכתב בתשובת מהר"י מינץ סימן שראוי לתקן שלא יועיל מיאון פן יאמרו א"א יוצאה בלא גט. ונראה דאף החולקים שם מטעם כיון שתקנו חכמים ואמרו דמהני מיאון אין לבטל דבריהם ז"ל שתקנו קידושין לקטנה ואמרו דמיאון יבטלו הקדושין א"א לחלוק על דבריהם ולחוש מה שלא חששו הם אבל לעשות מעשה קידושין בגדולה ואח"כ תצא בלא גט בוודאי אין נכון לעשות כן ואינו דומה לתנאי דלא תזקק ליבם דלא חששו שמא יאמרו יבמה יוצאת מבלי חליצה דהתם איכא יבם מומר או חרש או כאבד ויודעים דזה דבר שצריך חקירת חכם אבל שתהי' דרה אשה עם בעלה ואח"כ תצא בלא גט בוודאי איכא למיחש לשמא יאמרו כו' ואם כאומר שאם תבוא האשה הראשונה נצריכה גט לשני' מפני כך אין לפסול כשירה לכהונה על לא דבר ועוד כי יאמרו כי התירו חכמים לישא שתי נשים לזאת לא ישאני לבי לומר לו לקדש ע"ת אשה אחרת. —

ולהתירו לקדש אשה אחרת ע"י התרת מאה רבני' ולהשליש גט וכתובה כמשפט וכמ"ש רבותינו ז"ל בדין יוצא מדעתה בספריהם דהיה נראה לכאורה לומר דבזה לא החרים הגאון ג"כ באשה ההולכת ונבעלה אף שתחילתה באונס ומפני זלעפות רעב מ"מ שחלפו כבר ה' שנים א"כ אם ברצון נפשה וזדון לבה לא תאבה לשוב לבית בעלה ולבניה הא בוודאי בזה לא גזר רגמ"ה כמו בשאר מורדת ורק החשש שמא באונס אינה יכולה לשוב ואע"ג דבאמת נראה דלא שייך לומר בכה"ג אונסא קלה אית ליה דמי יודע מאשה שהרחיקה נדוד ואין לאל ידה לשוב מ"מ לא שכיח שימשוך האונס זמן רב כזה והרי יש שני צדדים לו' דאין כאן חרם כלל דאולי מתה ואולי בזדון לב לא תשוב. מ"מ עכ"פ ע"י התרת מאה רבנים מג' מדינות והשלשת גט וכתובה יש מקום להתיר :

והנה הטעם דצריך מאה רבנים מג' מדינות דוקא כבר דיבר מזה ידידי הגאון מוהר"א מלאכז ואני זה ימים כבירים אמרתי הטעם עפ"י מה שראיתי בליקוטי מהרי"ל ריש הלכות גיטין שכתב שם דהיה מנהג קהילות שו"ם שאם יארע גט באחת מן הקהילות לא יותן הגט באחת מהן אם לא ישלחו לשני הקהילות האחרות ויסכימו גם הם על הגירושין. וכתב שפעם א' היה מועד הקהלות במאגענצא ואיקלע גט שם ולא רצה מהרי"ל להקל על הזוג שיסכימו אותם שהיו שם בשליחות אחיהם מבני הקהילות על המועד אך הצריך לשלוח שליח מיוחד להביא הסכמות ממקום הקהילות כי אמר עיקר התקנה לא נתקנה מעיקרא רק להחמיר על הזוג ולהרבות ההוצאה אולי ירע בעיניהם להוציא ויבטל הגט ועי"כ הצריכו לשלוח בשלש הקהילות תמורת השתיות יע"ש ולזה נראה דהיינו טעמא נמי שתקנו שיהיו מאה רבנים מג' מדינות דוקא ג"כ להרבות הטורח על הבעל המבקש ההתרה ולכן אמרתי אז על עובדא שהתירו חכמי הדור לא' לישא על אשתו המטורפת אשה אחרת ורצה הבעל לקבץ ביריד פעקטע חתומים מרבנים מג' מדינות לבלתי הצריך לכתת רגליו ממדינה למדינה. ואמרתי כשם שלא רצה מהר"ל ז"ל לסמוך על שמלאו אחיו במקומו מטעם הנ"ל ה"ה דאין להתיר החרם דרגמ"ה כ"א בהלוך לג' מדינות ממש וכן ראוי לעשות בזה. ועוד יש לחוש ולדקדק בזמנינו בעו"ה רבים יושבים על כסא הוראה ואין בביתם לחם ושמלה ויש אשר אין יראת ה' על פניו אשר בודאי לא בידם נתן רגמ"ה להתיר חרמו וגם מה שמקילין לצרף אף שאינם יושבים על כסא הוראה צריך לדקדק שיהיו ראוים להוראה ויבינו הדבר לאשורי כי ראיתי בעיני מכשלה פעם א' שראיתי חתומים אשר לא הגיעו להוראה כלל ואך מפני הכבוד והחנופה הגוברת נצטרפו למספר המאה. —

בעניין החרם אם הוא מן התורה הארכתי ותמהתי על הנוב"י סימן שלא הביא כלל דעת מהרש"ל והש"ך והט"ז ביו"ד סי' רי"ח די"ל דחרם הוא איסור דאורייתא והט"ז בסי' רכ"ח סעיף ל"ג שם הוסיף עוד דאף תקנת הקהל דאורייתא ודבריו תמוהים שם ואין הזמן להאריך בזה ואחר כל הדברים האלה מזקנים אתבונן אחרי שהגאון בעל נוב"י אשר נודע חילו לא אזר כח להתיר אף כי כבר עלומה שמונה שנים מה אני לאזור חילי מה שלא מלא לבו לב האחרי ועתה עמו ועם הרב הגאון הגדול מלאכז עז ותושיה כאשר תסכימו יסכים ה' עמכם וישאו ברכת ה' מאתו לעולם. דברי ידידו הדוש"ת אוה"כ

מאיר מא"ש

בריך רחמנא דסייען להשלים התשובות מד' חלקי הש"ע אשר הניח אחריו ברכה אאמ"ו הגאון זצ"ל זכותו יעמוד לנו ולכל ישראל ולא ימוש ספר התורה מפינו ומפי זרעינו וזרע זרעינו להגות בה באמת ובתמים עד ביאת הגואל בב"א :



שמות החתומים

ואלה יעמדו על הברכה אשר התנדבו ליקח את ספר אמרי א״ש ה״ש ונרשמו שמותם לזכרון, וזכות המחבר יגן עליהם ועל כל ישראל. ואין מוקדם או מאוחר רק כפי שנרשמו בהפנקס.

ק״ק אונגוואר והגלילות

הנגיד מ׳ יהושיע ר״מ.
״ מ׳ שלמה צינער.
״ מ׳ מרדכי עסטרייכער.
״ ר׳ אברהם אביש גראס.
״ מ׳ פנחס סג״ל ראטה.
״ מ׳ יצחק אייזק פיש.
״ ר׳ שלמה ר״מ.
״ ר׳ שלמה נ״מ.
״ מ׳ יצחק סג״ל שפיץ.
״ מ׳ נפתלי מאנדל.
״ מ׳ אייזק גוטפריינד.
״ מ׳ שלמה ענגל.
״ מ׳ אלי׳ ניסן ק״ב.
״ מ׳ מרדכי גאנזל.
״ מ׳ זאנוויל רייזמאן.
״ מ׳ חיים לייב גאלדשטיין.
״ מ׳ שמשון היימאן.
״ מ׳ פנחס אלי׳ כ״ץ.
״ מ׳ דוד סג״ל לאנדויא.
״ מ׳ זאב ריכטמאן.
״ מ׳ יוזפא קליין.
״ מ׳ צבי כ״ץ.
״ מ׳ מרדכי צבי לערנער.
״ מ׳ אברהם שאפער.
״ ר׳ אהרן יהודא וויס.
״ ר׳ שמשון ראטה.
״ מ׳ א״מ דוד סג״ל קרויז.
״ מ׳ יוסף האמבורג.
״ מ׳ אברהם כ״ץ קרויז.
״ מ׳ יהודה וויענער.
״ ר׳ מענדיל פענדריך.
״ ר׳ מרדכי וויינמאן.
״ מ׳ אלישע סג״ל ראזענפעלד.
״ מ׳ גדלי׳ יעקב פריד.
״ ר׳ אליעזר ברוך וויס.
״ מ׳ דוב רייזמאן.
״ ר׳ משה יהונתן ציממערמאן.
״ מ׳ צבי מיטלמאן.
״ מ׳ מרדכי וויינפעלד.
״ מ׳ צבי פרייז.
הבהו״ר כה׳ מאיר נכד הגאון המחבר.
״ כה׳ שמואל טערצאל.
״ כה׳ פינחס מברעזנא.
״ כה׳ שלמה מקורום.
״ כה׳ נתן פייטל מסאלנאק.
״ כה׳ אפרים רעטיק.

טובא.

הנגיד ר׳ אהרן בר״י.
״ ר׳ ישראל בר״מ.
״ ר׳ משה דוד בר״י.
״ ר׳ משה יוסף.
״ ר׳ זאב בר״י.
״ ר׳ זיסמאן מווינאטנא.
״ מ׳ שמואל מנחם כ״ץ.
״ ר׳ צבי בר״מ.

הנגיד ר׳ יעקב בר״א.
״ ר׳ ברוך מקאניש.
״ ר׳ מאניס.
״ ר׳ מענדיל כ״ץ מבעזא.
״ מ׳ אשר ווידער.
״ ר׳ חיים הירש מהליבאקו.
״ מ׳ שמואל דוד מהאמעין.
״ מ׳ בער בערגידא מסורט.
״ מ׳ מרדכי.
״ מ׳ זלמן שוב.
״ ר׳ ישראל יואל מגעוויטץ.
״ מ׳ אברהם ליב מלאז.
״ ר׳ סענדר כ״ץ מהאמעץ.
״ מ׳ שלום מילדער ז״ל.
״ מ׳ משה מנחם מבארניניטץ.
״ ר׳ צבי מגעוויץ.
״ ר׳ יעקב משה כ״ץ מניניאי.
״ ר׳ עמרם ראטה.
״ ר׳ יוסף קראנאוויץ.
״ ר׳ שמואל מציגאנאוויץ.
״ מ׳ אברהם יצחק מטערנאוויטץ.
״ ר׳ יעקב משה.
״ ר׳ משה מנחם מיארע.
״ ר׳ צבי מלעקארט.
״ ר׳ יוסף זאב מפאלאד.
״ ר׳ מאיר ראזענבליט.
״ ר׳ מאיר פרידמאן.
״ ר׳ יצחק גראס מסעלמיץ.
״ ר׳ ישראל שאסלאוויץ.
״ ר׳ אהרן מריבנצא.
״ מ׳ צבי שטערן.
״ מ׳ חיים ליב עהרנרייך.

קאפאש.

הרב מ׳ אברהם יעקב נ״י.
הנגיד ר׳ זאב וואלף קליין.
״ ר׳ מנשה גליק.
״ ר׳ אביגדור בראן.
״ ר׳ ישראל גראס.
״ ר׳ חיים יעקב.
״ ר׳ זאב בר״ע.
״ ר׳ עקיבא וויאן.
״ ר׳ צבי דוב.
״ מ׳ אהרן ליב ג״מ מדרעניעף.
״ ר׳ פישעל מרדכי.
״ מ׳ דוד שולהאף מביינהאז.
״ מ׳ משה בלום.
״ מ׳ צבי הירש נו״ו.
״ ר׳ ליב. מביינהאז
״ ר׳ יוזפא וויס מפאלאין.
״ ר׳ ישראל סג״ל.
״ מ׳ אליעזר.
״ מ׳ יצחק יעקב.
״ ר׳ משה זאב.
״ ר׳ יוסף זאב.
״ מ׳ ישראל קעלער מבעי״ש.

הנגיד מ׳ משה גראסמאן.
״ ר׳ מנחם מפאלין.
״ ר׳ צבי קעסלער מיארע.
״ ר׳ צבי אביגדור.
״ ר׳ מאיר וויס.
״ ר׳ משה שווארץ מאיבריש.
״ ר׳ אלי׳ משה מאנדל.
״ מ׳ שמואל פריעד.
״ ר׳ אברהם שווארץ.
״ ר׳ מנחם ארי׳ שווארץ.
״ ר׳ שלום צבי מאשקאוויץ.
״ ר׳ שמואל.
״ ר׳ נטע צבי.
״ ר׳ יוסף בלוויא.
״ ר׳ יקותיאל איסר.
״ ר׳ ברוך יואל ג״ב.
״ ר׳ משה זאב מפארעבע.
״ ר׳ משה יוסף מ״מ.
״ ר׳ חיים יהודא כ״ץ מרעמעט.
״ ר׳ יעקב גראס.
״ ר׳ אליעזר בר״מ.
״ ר׳ נטע משה שטערן.
״ ר׳ דוב שטערן.
״ ר׳ דוב מארקאוויטש.
הרב מ׳ יהושיע העשיל כ״ץ.
הנגיד ר׳ יהושיע שווארץ מסירט.
״ ר׳ דוד.
״ ר׳ דוב בער.
״ ר׳ יהודא בערגידא.
״ ר׳ ישראל ליב ג״וו.
״ ר׳ לוי ג״וו.
״ מ׳ יהונתן בנימין כ״ץ מטשאפ.
״ מ׳ יוסף שמואל בר״א.
״ ר׳ זלמן קליין.
״ ר׳ מנחם אויסלענדער.
״ ר׳ יהושיע קליין.
״ מ׳ גומפל מעסין.
״ מ׳ מרדכי.
״ מ׳ אברהם העשיל.
״ מ׳ עוזר מן שעגין.
״ ר׳ נפתלי שטאק.
״ ר׳ ישראל יואל.
״ ר׳ אברהם יהודא מלאז.
״ ר׳ צבי מדאברין.
״ ר׳ מנחם מענדיל מנאמין.
״ ר׳ אברהם לעפקאוויטש מבעש.

עוד מגליל אונגוואר.

הנגיד מ׳ אברהם יצחק מהידלעף
״ מ׳ נפתלי אהרן פריעד.
״ מ׳ אברהם גימפל.
״ מ׳ משה ראזענבליטה.
״ ר׳ יוסף צבי מטרעבעש.
״ ר׳ משה זאב מלעלעס.
״ מ׳ בנימין נחמן.
״ ר׳ מילך גוטמאן.

שמות החתומים

הנגיד ר' איזיק פ"ב.
,, ר' זאב ל"מ.
,, ר' משה קליין.
,, ר' משה מאיר מפאלאד.
,, מ' עוזר מהאריאן.
,, מ' יצחק יעקב מראדוואנקא.
,, מ' מאיר שו"ב.
,, ר' מנחם ר"ר.
הבחור כ"ה יוסף מבינהויז.
,, ר' גרשון מבארנינג.
,, ר' משה צבי יארע.
,, ר' חיים צוקר.
,, ר' יוסף אקערמאן.
,, ר' יעקב טשערנא.
,, ר' ליב סעלמענץ.
,, ר' מאיר פעבער.
,, ר' משה ישראל ווילקאוע.
הגאון האב"ד דק"ק ק"וו.
הרבני הנגיד ר' יצחק פריד
,, מ' משה יעקב מבעזודעס.
,, מ' בנימן.
,, מ' שמשון אליעזר.
,, מ' זנוול מזשירק.
ק"ק ליסקא.
הגאון האב"ד נ"י.
הנגיד ר' מרדכי כהן.
הרבני מו"ה ישראל סגל.
ק"ק הימנע.
הגאב"ד מוה' לייביש.
הרבני מוה' שמואל סגל.
לבית המדרש דשם.
הנגיד מוה' מנשה פייערמאן.
הנגיד מוה' קופמאן בארקאן.
,, מ' יונה קראנצנער.
,, מ' משה יעקב פ"מ.
,, מ' חיים ר"ב.
,, מ' דוד שטערן:
,, מ' שמואל שטערן.
,, מ' חיים קליין.
הרבני מ' יוסף בר"ש.
,, מ' משה חיים.
,, מ' ליב האנשאוויטץ.
ק"ק מאנקאטש.
הרב מ' משלם דוב קאליש.
הנגיד מ' שמואל צבי ווייס.
,, מ' אברהם בר"ד.
,, מ' אייזיק הרב דק"ק סוואליעווע.
הנגיד מ' יוסף זרח סג"ל.
,, מ' סענדער קרא.
,, מ' חיים צבי קרא.
,, מ' מענדל וואלף קרא.
,, מ' יעקב קרא.
הרבני מ' מענדל סג"ל ראזנער.
,, מ' דוד כ"ץ זאלצער.
,, מ' משה בנימין עסטרייכער.
,, מ' ישראל דוד עסטרייכער.
,, מ' מרדכי צבי סג"ל.
,, מ' בער בערקאוויטש.
,, מ' יצחק פרידמאן.
,, ר' ניסן קעסטענבוים.
,, מ' אייזיק שענפעלד.
,, מ' אברם שווארץ.



הנגיד מ' אנשיל באש.
,, מ' עמרם נ"ש.
,, מ' אברהם ווייס.
,, מ' יוסף קליין.
,, מ' משה ליב קופמאן.
,, מ' מאיר קליין.
,, מ' פנחס בלייער.
,, מ' משה ארי' ראכליטץ.
,, מ' אברהם קעסטענבוים.
ה"ב כ"ה יחזקיאל קליין.
האחים הגביר המפורסים מ' דוד פיקלער
מק"ק רייץ ואחיו הרבני המופלא מוה'
אברהם פיקלער רופא מומחא בק"ק
מונקאטש תלמידי הגאון המחבר בק"ק
בייאה ויארמוט.
ק"ק היסט.
הגאון האב"ד נ"י.
הנגיד ר' יהודא קעסטענבוים.
,, מ' ישראל מעסינגער.
,, מ' מאיר האטמאן.
,, מ' מרדכי כהנא.
,, מ' צבי דוב פריד.
,, מ' יוסף שמואלאוויטש.
,, מ' דוד קרויז.
,, מ' צבי הילמאן.
,, ר' אברהם הילמאן.
,, ר' זונדיל ווייס.
,, מ' פנחס ירושלמי.
,, מ' בנימין בר"א.
,, מ' דוד לוי שטערן.
,, מ' מרדכי אברהם.
,, מ' ליביש הארטשטיין.
,, מ' צבי הכהן.
,, מ' משה גאלדשטיין.
,, מ' נחמן חיים הײנפעלד.
,, ר' יוסף פרידלענדער.
,, מ' אברהם רייזמאן.
ה"ב כ"ה דניאל כהנא.
כ"ה ישכר גדלי' בר"א.
כ"ה יוסף דוד סגל.
הרבני מ"ה שמואל סגל הארוויטץ.
הנגיד כ"ה יונה ענגל מק"ק אדא בעל
בת אחותו של המחבר ז"ל.
הרבני המופלג מה' דוד נ"י מן טירנויא
נכדו של הגאון בעל אהל דוד
2 עקסעמפלאהר
הגאב"ד דק"ק העלמעץ.
הרבני מ' אליעזר עסטרייכער.
ק"ק ס מערטין.
המאה"ג מ' זאב אב"ד נ"י.
הקצין מ' דוד כ"ץ.
,, מ' חיים גדלי' כ"ץ.
,, מ' מ' יהושע סג"ל.
,, מ' דוד גרין.
,, מ' דוב בערגר.
,, מ' צבי ר"ב.
,, מ' זאב קיעפ.
,, מ' אייזיק קליין.
מוזשאי
הנגיד מ' אשר לעמל פרידמאן.
הרבני מו' דוד צבי.
,, מ' אברהם אהרן.

הבחור כה' יחיאל מרדכי.
הנגיד ר' אליעזר בר' אברהם.
,, ר' אברהם בר"מ.
,, ר' יונה בר"מ.
,, מ' שרגא מנחם.
וואריא
הנגיד מ' בנימן כ"ץ.
,, מ' זאב.
,, מ' ישראל עוזר ב"ס.
הגאבד"ק קטשענר.
מק"ק גו"ו.
הרבני הנגיד מו' אלי' קורלענדער.
,, מ' רפאל קורלענדער.
,, מ' משה קורלענדער.
הנגיד מ' יחזקיאל ניימאן.
בענו.
,, מ' ליב שטיינבערגר.
,, מ' שמואל ב"ר יצחק.
,, מ' זנוויל מבערגער.
,, מ' אברהם פרושמאן.
,, מ' זלמן פ"מ מבילקע.
,, מ' יעקב וויזנר.
אפעריעס.
הרב מ' מאיר אויסטערליטץ נ"י.
הנגיד מ' יצחק אהרן סגל.
,, מ' דוד בר"ל וואלצר.
,, מ' דוד בר"א וואלצר.
,, מ' מענדל רייזמאן.
,, מ' צבי רייקאוושטק.
,, מ' פנחס בר"י.
,, מ' אברהם צבי זינגער.
,, ר' ישראל בערגידא.
,, ר' שמואל ב"מ שמחה.
הגאון מ' שבתי דימאנט אב"ד דק"ק פנ"ד.
מק"ק טארכא והגליל.
הרב הגדול מהו' קלמן אב"ד שם.
הנגיד מ' משה חיים ראבין.
,, מ' שמואל בער אונגאר.
הנגיד ר' ישראל ראטענבערג.
,, מ' אברהם היימיך.
,, מ' אברהם ראזענצווייג.
,, מ' יעקב בער גראסמאן.
,, ר' מרדכי שלעזינגר.
,, ר' אהרן פרידמאן.
,, ר' ליב ווייס.
,, ר' שמחה קרויז.
,, ר' ישראל שווארץ.
,, ר' משה גליק.
,, ר' זלמן קליין.
,, ר' אברהם יעקב ראהט.
,, ר' צבי קליין.
ק"ק באלקאן.
הרב המאה"ג מ' יהושע אב"ד שם.
הרבני מ' איצק ויכרמאן.
,, מ' איצק וואהל.
,, מ' ישראל חיים ברוין.
,, מ' איצק אלטמאן.
הנגיד ר' דוד ליב סגל.
,, ר' אברהם יעקב ווייס.
ה"ב כ"ה ליב ווייס.
הנגיד ר' צבי קליין.
,, ר' ליב גראס.

שמות החתומים

" ר' סיני קאנדל.
" ר' משה הירש קליין.
" ר' יעקב צוקר מקארנא.
" ר' משה ה"מ משיקלאש.
" ר' דוד ר"צ מסערענטש.
" ר' אברם ליב גליק מרעגמיץ.
" ר' משה ר"כ מסטארר.
" ר' יוסף צ"כ מטרעבעש.
" ר' מלך ג"מ.
ק"ק אויפאלא.
הרב המאה"ג מ' יואל צבי אבדש"ם.
הרבני מ' שמואל פרנקל.

" מ, יעקב צבי וויים.
" מ' דוד אלימלך.
" מ' שמואל צימערמאן.
טאלטשווא.
" מ' מרדכי וויים.
" מ' מאיר שלמה הערמאן.
" מ' יוסף גאנצפריד.
" מ' יוסף שמואל מאשקאוויטץ.
" מ' יעקב כ"ץ החארוואט.
בנו מ' יצחק כ"ץ.
וראנוב.
הרב מ' אליעזר זאב לוקס.

" מ' מרדכי גוטמאן.
הרב הגאון מ' ירמי ני' אבד"ק אוהעל
הרבני מ' פינחס מסאלאנץ.
" מ' נתן מריטזא.
" מ' בנימן מפרפאיק.
, מ' בער כ"ץ מסאמטיר.
הרבני מ' בנימן מטארקאן.
" מ' יוסף וויים.
" ר' יצחק.
הב"ת כ"ה יוסף בערגר.
ה"ב כ"ה דוד צבי נכד הגאון המחבר

להיות כי נאבדו ממני איזה רשימות מאשר באו על החתום ולא אוכל לשא את שמותם על הספר ויהי כבודם מחול.



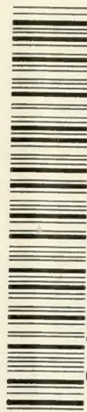
קצת תיקונים ומראה מקומות.

דף	ב'	עמוד	א'	שורה	יח	שנפלה בלפני.	צ"ל	יבמה שנפלה לפני
,,	—	,,	ג'	,,	כד	דף ה'	,,	ד"ה.
,,	ה'	,,	א'	,,	ב'	בהתחילה	,,	ולא בהתחילה.
,,	ה'	,,	א'	,,	ב'	ג"כ ואפה	,,	ג"כ אין תועלת להולד ואפה.
,,	ו'	,,	ד'	,,	ה'	דבריו יותר	,,	דברו עליה יותר.
,,	—	,,	י'	,,	מז	כיון הבית	,,	כיון הב"ש סי' מ"ז ס"ק פ"ד
,,	ז'	,,	א'	,,	מ'	סעיף קטן ב'	,,	סעיף קטן ל'.
,,	ח'	,,	ב'	,,	ז'	שתשקר	,,	שתידוק.
,,	—	,,	ה'	,,	מ'	כ"ו	,,	כו'.
,,	יא	,,	א'	,,	מח	תקנו חכמים	,,	תקנת חכמים הוא.
,,	—	,,	ג'	,,	ד'	בסי' בהג"ה בכו	,,	בסי' כ"ה בהגהת ב"י.
,,	—	,,	ד'	,,	לז	כההיא דכדה	,,	כההיא דכדה גבי כתם.
,,	א'	,,	א'	,,	יא	טריפה	,,	טריפה לא הוי גופו שלם.
,,	—	,,	—	,,	כו	לדעת ר"ת	,,	לדעת ר"ת דס"ל דאדם אית ליה מזלא. חי יותר מי"ב חודש.
,,	=	,,	=	,,	כז	לאומרא	,,	לתרתי אומרא
,,	=	,,	=	,,	כח	תירוץ הב"ש	,,	סי' י"ז ס"ק ל"ג
,,	יג	,,	א'	,,	כה	פרק ג'	,,	פי"ג.
,,	=	,,	ב'	,,	יט	ק"ו	,,	כו'
,,	=	,,	=	,,	כג	ס"מן	,,	סימן מג.
,,	יז	,,	כא	,,	כא	בדרבנן אפילו	,,	בדרבנן אפי' על סימנים ביעקים
,,	יט	,,	ס'	,,	=	וס"מ בווייען	,,	וסמ"ב ויעויין.
,,	=	,,	=	,,	יד	הרשב"ם בב"ב	,,	הרשב"ם בב"ב ר"פ המוכר פירות.
,,	כא	,,	ד'	,,	מג	כמבואר בתוס' ובא"ש בגיטין פ"ב.		

אמר המגיה אכי בעניי דא אוכל לידע על איזה דיבורי תוס' ורא"ש כיון אאמ"ו הגאון זצ"ל ויש להביא ראי' מדברי התוס' ורא"ש דף ע"ב שהוכיחו דהלכתא כרבי דע"מ כאומר מעכשיו דמי והוכיחו את זה מג"מ קידושין יעויי"ש ואם איתא דלא אמרינן כחא דהתירה רק אם הלכה כהמתיר היה להם להביא ראיה מהך סוגיא גופא שם ע"ב דקאמר הגמ' וליפלגו בע"מ ולאודעיך כחן דרבנן ומשני הגמ' כחא דהיתרה עדיף, ואם כיונא דאין הלכה כרבי איך אשמיענן כחא דהתירא שלא אליבא דהלכתא אלא וודאי כחא דהתירה עדיף אף אם אין ההלכה כהמתיר. ובאמת מחלוקת הקדמונים הוא הביאם המהרשד"ם חא"ה סי' ל"ז דדעת המחרי"ו דאליבא דהלכתא עדיף מן כחה דהתירא והרשד"ם חולק דכחא דהתירה עדיף אף שלא כהלכה והביא ראיה מרים בילה דקאמר הגמ' דלכך נקט המחלוקת דב"ש וב"ה בבילה להודיעך כחא דהתירא והיינו אליבא דב"ש אף דלית הלכתא כוותיה.

דף	כג	,,	א	,,	כט	סי' קכ"ז	כאן צריך להיות מה שנדפס בסוף התשובה מן ד"ה ואולם עד סוף התשובה ואח"ז מתחיל הדיבור ועיין בתשובת הרשב"א.
,,	כג	,,	א'	,,	לא	לארת"ם	להרא"ש.
,,	כו	,,	ד'	,,	טו	קוף	סוטה.
,,	לג	,,	א'	,,	גא	ושמ"ז	מזוכות.
,,	לה	,,	ב'	,,	יח	שט"ח	שטח"ז.
,,	לז	,,	א'	,,	כ'	בדוח וא"כ וכדאית	בדו"ח וכדאיתא.
,,	—	,,	ד'	,,	ל'	ולא הקרוב או ספסול את עדותן	ולא כהקרוב או כהפסול. ונקבל את עדותן.
,,	כ	,,	ד'	,,	סב	עיירות	אנשים ונשים ועיירות.
,,	כא	,,	א'	,,	ב'	מטל	מזל.
,,	כו	,,	ג'	,,	ד'	על הבים	על הבים ס"ם קלו.
,,	=	,,	ד'	,,	ה'	אשת איש	חרס.




3 1761 07287586 7